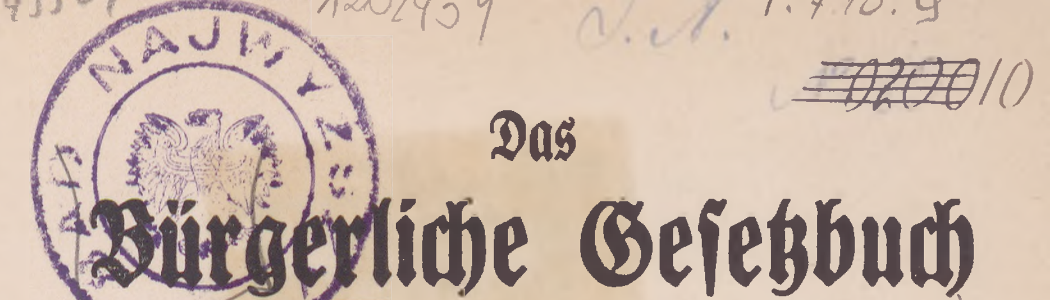






Das Bürgerliche Gesetzbuch

mit besonderer Berücksichtigung

der Rechtsprechung des Reichsgerichts

erläutert von

Dr. Bessau, Dr. Hallamik, Dr. Lobe, Michaelis, Dr. Oegg,
Sayn, Schliewen und Seyffarth
Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht

Achte, wesentlich umgearbeitete Auflage

III. Band:

Sachenrecht

bearbeitet von

Dr. Bessau (Liegenschaftsrecht)
und Schliewen (Besitz, Rechte an beweglichen Sachen)



Berlin und Leipzig 1934

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung —
Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.







Archiv-Nr. 22 01 34
Druck von Walter de Gruyter & Co., Berlin W 35
Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Drittes Buch. Sachenrecht

Es haben bearbeitet:

Band 3 (Sachenrecht):

§§ 854—872: RGR i. R. Schliewen,
§§ 873—928: RGR Dr. Bessau,
§§ 929—1011: RGR i. R. Schliewen,
Erbbaurecht, §§ 1018—1203: RGR Dr. Bessau.
§§ 1204—1296: RGR i. R. Schliewen.

Abkürzungen

(Nach Maas-Magnus, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache. Berlin 1929.)

AG . . . . Ausführungsgesetz.

ALR . . . Allgemeines Landrecht für d'e Preußischen Staaten v. 5. 2. 1794.

AnfG . . . Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb d. Konkursverfahrens v. 21. 7. 79/20. 5. 98.

ArbGG . . Arbeitsgerichtsgesetz v. 23. 12. 26.

AufwG . . Gesetz v. 16. 7. 25 über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen.

AV AVG . AusfVO z. Arbeitslosenversicherungsgesetz.

BayObLG . Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Gegenständen des Zivilrechts.

BayRpflZ . Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

DJZ . . . Deutsche Juristenzeitung.

DRZR . . . Deutsche Richterzeitung, Rechtsprechung.

EG . . . . Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

E I . . . . Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Bearbeitung der I. Kommission.

E II . . . Derselbe Entwurf in der Bearbeitung der II. Kommission.

FGG . . . Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. 5. 98.

GBO . . . Grundbuchordnung v. 24. 3. 97/20. 5. 98.

GenG . . . Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. 5. 89/20. 5. 98.

GewGG . . Gewerbegerichtsgesetz v. 29. 9. 01.

GewO . . . Gewerbeordnung.

GmbHG . . Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. 4. 92/20. 5. 98.

Gruch . . . Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

GVG . . . Gerichtsverfassungsgesetz.

HGB . . . Handelsgesetzbuch.

HRR . . . Höchstrichterliche Rechtsprechung der JRdsch.

JFG . . . Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.

JRdsch . . . Juristische Rundschau.

JMBl . . . Justizministerialblatt.

JW . . . . Juristische Wochenschrift.

JWG . . . Jugendwohlfahrtsgesetz v. 9. 7. 22.

KfmGG . . Gesetz betreffend Kaufmannsgerichte v. 6. 7. 04.

KGJ . . . Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

KO . . . . Konkursordnung v. 10. 2. 77/20. 5. 98.

LZ . . . . Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

M . . . . . Motive zu dem von der ersten Kommission ausgearbeiteten Entwurfe des BGB.

OLG . . . Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Falkmann und Mugdan.

P oder Prot Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn.

PStG . . . Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung v. 6. 2. 75/11. 6. 20.

RAG . . . Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs.

RAO . . . Rechtsanwaltsordnung v. 1. 7. 78.

RBG . . . Gesetz, betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, v. 18. 5. 07.

Recht . . . Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

RFinH . . . Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs.

RG . . . Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. — Die nicht in dieser Sammlung, sondern in anderen Zeitschriften veröffentlichten Entscheidungen sind mit dem Zusatze „RG" aus 1. der Juristischen Wochenschrift, 2. Warneyers Jahrbuch, s. unten Warn, 3. Gruchots Beiträgen, 4. Seufferts Archiv, 5. Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 6. „Das Recht", 7. Deutsche Richterzeitung, 8. Höchstrichterliche Rechtsprechung der JRdsch., in der angegebenen Reihenfolge, mehrfach abgedruckte Entscheidungen aber nur **einmal** angeführt. Andere Sammlungen sind nur ausnahmsweise berücksichtigt. Die bisher überhaupt noch nicht abgedruckten Entscheidungen sind mit „RG" nebst Datum und Aktenzeichen angeführt.

RGSt . . . Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

RGBl . . . Reichsgesetzblatt.

RJA . . . Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt, jetzt Reichsjustizministerium.

ROHG . . Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

RVerf . . . Verfassung des Deutschen Reichs v. 11. 8. 19.

RVO . . . Reichsversicherungsordnung v. 19. 7. 11/15. 12. 24.

SeuffA . . Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

StGB . . . Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

StPO . . . Strafprozeßordnung.

UnlWG . . Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. 6. 09.

UWG . . . Gesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 30. 5. 08.

VerlG . . . Gesetz über das Verlagsrecht v. 19. 6. 01.

VersVG . . Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08.

Vf . . . . Verfügung.

VO . . . . Verordnung.

Warn . . . Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband 1908ff., von 1919 ab Rechtsprechung des Reichsgerichts.

WO . . . . Wechselordnung.

ZPO . . . Zivilprozeßordnung.

ZVG . . . Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. 3. 97/20. 5. 98.

Drittes Buch

Sachenrecht

Erster Abschnitt

Besitz

Während es sich beim Schuldverhältnisse um ein Rechtsverhältnis von Person zu Person handelt (Vorbem 2 vor § 241), hat es das Sachenrecht mit Rechtsverhältnissen von der Person zur Sache oder im Sinne des BGB mit Rechten „an der Sache" zu tun. Solche Rechte sind unter sich zwar verschiedenartig, je nachdem sie an eigener oder fremder Sache bestehen und dementsprechend ein volles Herrschaftsrecht (Eigentum) oder nur ein beschränktes Recht (Gebrauchs-, Nutzungs-, Veräußerungsrecht oder ein Recht auf den Erwerb der Sache) gewähren. Gemeinsam aber ist ihnen allen, daß sie ein wirkliches subjektives Recht darstellen (Vorbem vor § 241). Beim Besitze dagegen trifft das letztere nicht zu. Er hat zwar ebenfalls seine Stelle im Sachenrechte gefunden, weil begriffsmäßig auch bei ihm eine unmittelbare Beziehung von Person zur Sache vorliegt. Aber dies Verhältnis ist hier, jedenfalls im Sinne des geltenden Gesetzes, kein rechtliches, sondern begrifflich ein nur tatsächliches, wie unter § 854 näher darzulegen sein wird. Trotzdem ist dem Besitze eine bedeutsame Rolle auch innerhalb des eigentlichen Rechtsgebiets zugewiesen, so daß ihm im Ergebnisse selbst auch die Eigenschaft als Recht beigelegt worden ist. Dem Besitzer als solchem gewährt nämlich das Gesetz ein (wirkliches) Recht auf Schutz seines Besitzstandes, als wäre seine Herrschaft über die Sache nicht nur tatsächlich, sondern rechtlich begründet. Dem Besitze selbst sodann legt es die Eigenschaft als eines Rechtsguts insofern bei, als es ihn für übertragbar und vererblich erachtet (§§ 854 Abs 2, 857, 870), auch für fähig hält, Gegenstand eines Vermächtnisses zu sein (§ 2169). Der Besitz dient auch als eine gesetzliche Voraussetzung für die Entstehung von Sachenrechten (§§ 929, 937, 958, 1205), und weiter knüpft sich an ihn die wichtige Eigentumsvermutung (§§ 1006, 1055, 1227, 1248), in anderen Fällen die Vermutung für die Empfangsberechtigung des Besitzers (§§ 851, 969); in wieder anderen Fällen sieht das Gesetz den Besitzer als solchen als den Haftbaren an (§§ 836, 831). Berücksichtigt man das alles, so erscheint die Auffassung, daß der Besitzer, wenn nicht eine wirkliche Rechtsstellung, so doch eine rechtsähnliche Stellung hat, zutreffend, und demgemäß ist auch die Ansicht berechtigt, daß der Besitz wie ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 verletzbar ist (§ 861 A 4), daß er wie eine Vermögensleistung unter dem Gesichtspunkte der grundlosen Bereicherung (§ 812) zurückgefordert (RG 98, 135), daß auf ihn unter Umständen eine Klage aus § 771 ZPO gestützt werden kann (RG 14, 365; 34, 422ff.; JW 1895, 126[4]; 28. 1. 21 VII 322/20; 11. 3. 19 VII 389/18). Der Grund schließlich aber, weshalb der Besitz nach der Rechtsordnung eine Würdigung erfahren hat, als wäre er ein Recht, und insbesondere rechtlichen Schutz finden muß, ist die Rücksichtnahme auf den Rechtsfrieden, der auch die Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Beziehungen der Personen zu den Sachen fordert (Prot 3, 31). Das Gesetz unterscheidet in diesem Abschnitte den unmittelbaren Besitz (§ 854) und den mittelbaren Besitz (§ 868); den Vollbesitz und den Teilbesitz (§ 865); den Mitbesitz (§ 866), als dessen Gegensatz in § 1213 Abs 2 der Alleinbesitz erscheint; den Eigenbesitz (§ 872).

§ 854

Der Besitz [1]) einer Sache [2]) wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben [3]).

Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben [4]) [5]) [6]).

E I 797, 803 Abs 2 II 777; M 3 78, 80, 91, 93; P 3 26, 33.

1. Der Begriff **Besitz** wird vom Gesetze zwar nicht ausdrücklich bestimmt, wenn aber das Gesetz besagt, daß Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt einer Person über eine Sache erworben wird, wenn Besitz (abgesehen von § 854 Abs 2 und § 857) ausschließlich auch nur auf solche Art begründet werden kann, wenn Besitz endlich mit dem Verlust des tatsächlichen Gewaltverhältnisses endigt (§ 856), so ist unter Besitz begriffsmäßig nur ein tatsächliches Verhältnis, nämlich das tatsächliche Gewaltverhältnis von Person zur Sache zu verstehen. Wenn jemand sich für den Besitzer hält oder von einem andern dafür gehalten wird, ohne es wirklich zu sein, so können Handlungen, welche er daraufhin als angeblicher Besitzer vornimmt, zu keiner Besitzänderung führen (**RG** HRR 1929 Nr 1207). Allerdings sind mit dem tatsächlichen Besitzverhältnis Rechtsfolgen verbunden worden (vgl. die Vorbemerkung), aber das kann an der grundsätzlichen Auffassung vom Wesen des Besitzes nichts ändern. — Im Auge hat das Gesetz in § 854 nur den **unmittelbaren Besitz**, den Fall also, daß dem Besitzer die Sache unmittelbar zugänglich ist. Das Nähere darüber unten A 3. (Über den mittelbaren Besitz handelt erst § 868). — Zwischen Besitz einerseits und Innehabung oder Gewahrsam anderseits unterscheidet das BGB nicht mehr. Der Versuch, den „juristischen Besitz" im Gegensatz zum „Verkehrsbesitze" auch unter seiner Herrschaft wieder grundsätzlich einzuführen, ist abzulehnen. — Das Strafrecht (§ 246 StGB), in dessen Sinne es auf die juristische Natur des Gewahrsams oder des Besitzes überhaupt nicht ankommt (**RG**St 29, 209; 30, 88; 37, 198; 50, 183; 52, 145; 60, 272), wird durch die Auffassungen des BGB über den Begriff Besitz nicht berührt (vgl. § 857 A 1 a. E. und § 935 A 2). — Beibehalten haben den Ausdruck Gewahrsam auch noch die §§ 808, 809, 886 ZPO und § 44 KO sowie § 31 des RGes. v. 30. 6. 1900, betr. Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten (RGBl S. 306). Was im Sinne des § 6 ZPO unter Besitz zu verstehen ist, darüber entscheidet das jeweilig herrschende bürgerliche Recht (**RG** 61, 92). — Wenn in Zollgesetzen gelegentlich nebeneinander von „Besitz oder Gewahrsam" die Rede ist, so versteht der RFinH (JW 1932, 285[43]) unter Gewahrsam den unmittelbaren und unter Besitz den mittelbaren Besitz. Ähnlich unterscheidet schon **RG**St 7. 10. 10 IV D 663/10, teilweise abgedruckt in der Anm. zu der Entscheidung des RFinH.

2. Besitzfähig ist lediglich eine **körperliche Sache** (§ 90), nicht z. B. ein eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb als solcher (**RG** 8. 2. 27 VI 362/26). Ein Besitz an Rechten ist fortan nur noch nach Landesrecht auf den diesem vorbehaltenen Gebieten (EG Art 96, 196) möglich (Fischereirecht, Wasserrecht). Besitz hat auch der Pächter einer mit einem Grundstück verbundenen Abdeckereigerechtigkeit (**RG** 4. 3. 25 V 209/24). Keinen Besitz am Grundstück hat der Jagdpächter (**RG** 70, 70; 98, 102; 107, 296). Im Falle der §§ 1029, 1090, betreffend den Besitzschutz bei Dienstbarkeiten werden die Vorschriften vom Besitz nur entsprechend angewendet. Besitz ist weiter nur möglich an einer genau bestimmten Sache. Ferner nur an solchen Sachen, die einer tatsächlichen Beherrschung zugänglich sind. Die Besitzfähigkeit der Sache wird jedoch nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie ihrer Natur nach für den Gemeingebrauch bestimmt ist. — Auch in Ansehung eines Sachinbegriffs (§ 92), insbesondere eines Warenlagers, kann die zum Besitze erforderliche Gewalt rechtlich nur an den einzelnen zur Sachgesamtheit gehörigen Sachen bestehen. Erstreckt sich die über eine Sachgesamtheit als solche ausgeübte tatsächliche Gewalt auch mit auf die einzelnen dazugehörigen Sachen, so ist doch der Besitzerwerb hinsichtlich der einzelnen Stücke nur in der Weise herstellbar, daß der neue Besitzer die Gewalt über die einzelnen Sachen selbst erlangt. Dazu ist erforderlich, daß sie so genau bestimmt sind, daß es einer weiteren Kennzeichnung oder Aussonderung nicht bedarf; eine Bestimmung nur der Zahl oder Menge oder dem Werte nach genügt daher nicht (**RG** 52, 285; 53, 218; 103, 153f.; Warn 1928 Nr 11; 16. 2. 26 VI 495/25). — Möglich ist Besitz auch an abgegrenzten, einer Sonderherrschaft zugänglichen Teilen einer Sache (§ 865).

3. Zum **Erwerbe des Besitzes** ist die **Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache** erforderlich. Ob sie jemand erlangt hat, ist von Fall zu Fall nach den Anschauungen des Verkehrs zu entscheiden. Notwendig ist jedenfalls, daß die Sache der Person räumlich so zugängig geworden ist, daß der Besitzer auf die Sache beliebig einzuwirken und über sie beliebig tatsächlich zu verfügen vermag (sei es selbst, sei es nach § 855 durch einen andern). Der Besitz wird auch dem Umfange nach nur soweit begründet, als den bezeichneten Anforderungen entsprochen ist. Daher gibt auch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Hauptsache nicht ohne weiteres zugleich den Besitz am Zubehör. — Hinsichtlich der Art des Besitzerwerbs ist zu unterscheiden, ob die Sache bisher besitzlos oder ob sie im Besitz eines andern gewesen war. Im ersteren Falle kann immer nur eine einseitige Besitzergreifungshandlung in Betracht kommen. Im andern Falle ist der Besitzerwerb in doppelter Art möglich: einmal wiederum im Wege rein einseitiger Besitzergreifung, sodann aber unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers. Der einseitig erworbene Besitz wird, wenn die Sache sich bereits im Besitze eines andern befunden hatte, regelmäßig zwar widerrechtlich sein, es sei denn, daß der Erwerber ein besonderes Recht zur Besitzergreifung hatte (wie bei dem Rechte der Selbsthilfe nach § 229 oder beim Privatpfändungsrecht). Aber ungeachtet der Fehlerhaftigkeit seines Besitzerwerbs (§ 858) hat der Handelnde (z. B. der Dieb) durch seine einseitige Handlung dennoch den Besitz erlangt. Der Besitzerwerb unter Mitwirkung des früheren Besitzers ist vor dem einseitigen Erwerbe in der Hinsicht bevorzugt, daß nur er als Grundlage

für den Rechtserwerb im guten Glauben dienen kann (§§ 932ff.), für den Besitzerwerb selbst ist der gute Glaube etwa an den Besitz des andern bedeutungslos (RG 105, 414). — Die Besitzergreifung selbst muß stets in einem äußerlichen und für den darauf Achtenden erkennbaren Vorgange bestehen, wie der Besitz selbst erkennbar sein muß, und wie denn überhaupt die Erkennbarkeit das allgemeine kennzeichnende Merkmal dinglicher Rechte und dinglicher Herrschaftsverhältnisse ist (RG 66, 262; 77, 208). — Beim zweiseitigen Besitzerwerbe durch Übergabe ist erforderlich, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt (nicht bloß die rechtliche Verfügungsbefugnis) über die Sache mit Zustimmung des bisherigen Besitzers erhält (RG 53, 220; JW 08, 681[13]; Warn 1917 Nr 55). Eine bloß symbolische Besitzübertragung ist nach dem geltenden Rechte nicht mehr möglich (RG 77, 207). Es muß insbesondere ersichtlich gemacht sein, daß das Besitzverhältnis des früheren Besitzers aufgehört und der andere die Gewalt erlangt hat (RG 66, 262ff.; vgl. auch 74, 146). Die Einräumung eines bloßen rechtlichen Verfügungsrechtes oder des Rechtes auf die Besitzergreifung für den Besitzerwerb ist in Ansehung des Besitzerwerbs regelmäßig unwesentlich (RG JW 02, 37[39]). Sonach begründet z. B. auch die Gestattung der Entnahme von Bodenbestandteilen (Kies oder dgl.) nicht ohne weiteres die Einräumung des Besitzes am Grundstück oder an Teilen desselben (RG JW 02 Beil 201). Ebensowenig begründet die bloße Erklärung des bisherigen Besitzers, er „überweise" dem andern die — auf seinem Boden lagernden — Sachen, Besitz an diesen (RG JW 09, 130[1]). Die Gestattung des Abhiebs des auf dem Stamme verkauften Holzes kann nach dem Willen der Vertragschließenden unter Umständen lediglich die Bedeutung haben, daß das Schlagen der Bäume vorerst nur die demnächstige Besitz- und Eigentumsübertragung vorbereiten, an sich also eine Änderung an den Besitz- und Eigentumsverhältnissen nicht hervorrufen soll und daß mithin Besitz und Eigentum erst mit der nach Bezahlung des Kaufpreises gestatteten Abfuhr übergehen sollen (RG 72, 310); das gilt namentlich, wenn der künftige Erwerber das Holz auf dem Grundstück liegen läßt und keine Herrschaftshandlung daran vornimmt (RG SeuffA 78 Nr 112). Dagegen kann in der mit Zustimmung des Veräußerers erfolgten Zunagelung eines Raumes eine Besitzübergabe hinsichtlich der darin befindlichen Sachen gefunden werden (RG 56, 313); desgl. in der Ausantwortung des Schlüssels eines Raumes oder eines Behältnisses (RG 40, 223; 77, 207; Gruch 48, 955; JW 08, 681), auch wenn im gegebenen Falle der Verpfänder den Schlüssel wieder abholt, sofern er ihn nur wieder zurückbringt (RG JW 07, 140[22]). Auch der Umstand, daß der bisherige Besitzer bei Aushändigung eines Schlüssels zu dem Raume, in dem sich die zu übertragenden (zu verpfändenden) Sachen befinden, einen zweiten Schlüssel für sich behält, schließt es noch nicht aus, daß der Empfänger des Schlüssels den Besitz an den Sachen erhält (RG 66, 264; 103, 100). Die Niederlegung von Paketen auf dem Tische der Postverwaltung in Gegenwart und mit Wissen des Postbeamten begründen Besitz der Postverwaltung schon mit der Niederlegung (RG 70, 318). Wenn jemandem eine Kiste nach der Verzollung wieder zur Verfügung gestellt wird, so erlangt er Besitz daran, auch wenn er sie zunächst noch im Abfertigungsraum stehen läßt (RG 26. 5. 11 III 408/10). Der auf das Grab gesetzte Grabstein befindet sich im Besitz des Bestellers, auch wenn der Unternehmer sich das Eigentum vorbehalten hat (LZ 1924, 476). Unter allen den bezeichneten Umständen wird dem Erwerber nicht ein bloßes Verfügungsrecht, sondern die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung selbst eingeräumt. Hierfür ist nicht Erfordernis, daß die Sache der Einwirkung Dritter völlig entzogen wird, oder daß die Zugängigkeit des Raumes, in dem sich die betreffenden Sachen befinden, für andere schlechthin ausgeschlossen wird (RG 66, 264; 106, 135; St 2, 65). Aber Alleinbesitz ist jedenfalls doch Besitz in dem Sinne, daß begrifflich auch ein Mitbesitz anderer (§ 866) nicht bestehen kann. Daher ist Alleinbesitz ausgeschlossen, wenn der andere, dem etwa der Raum oder das Behältnis ebenfalls zugängig geblieben ist, die Möglichkeit des Zutritts in der Weise benutzt, daß auch er Besitzhandlungen vornimmt (RG 66, 263). Bloßes Mitbenutzen ist aber noch kein Mitbesitzen, wenn der alleinige Besitz des andern Benutzers anerkannt wird und der eigene Besitzwille (s. unten) fehlt (RG 108, 123). Das gilt bei Ehegatten wie bei Nichtehegatten (RG 25. 3. 24 VII 504/23). Durch Inbesitznahme der gemieteten Geschäftsräume erlangt der Mieter zugleich auch den Besitz an der Außenwand und ist daher auch in deren Benutzung zu Reklamezwecken geschützt (RG 80, 284; JW 05, 367[5]). Vgl. § 865. Der Mann hat bei gesetzlichem Güterstande Besitz an den in die Ehewohnung eingebrachten Sachen der Frau (RG JW 1914, 146[9]); indes nicht auch an den seiner Verwaltung und Nutznießung entzogenen Gegenständen (RG Warn 1922 Nr 16). Zur Besitzübertragung durch den Gerichtsvollzieher genügt es, wenn er angesichts der in Verwahrung genommenen Sachen dem anderen erklärt, daß er ihm diese Sachen ausliefere (RG 74, 355). — **Der Wille**, die Sache zu besitzen, ist als Erfordernis für den Besitzerwerb nicht aufgestellt; vom Willen des Besitzers hängt es nach ausdrücklicher Vorschrift nur ab, ob er Fremdbesitzer oder Eigenbesitzer ist (§ 872), vgl. auch RG 135, 78. Aber, wie sich aus § 867 ergibt, bedeutet die unbewußte Innhabung einer Sache noch keinen Besitz und ein tatsächliches Gewaltverhältnis ist ohne den entsprechenden Beherrschungswillen nicht denkbar; jedenfalls kann niemand gegen seinen Willen Besitzer werden. Die Ausnahme in § 857 ist nur scheinbar, denn hier wird Besitz im Wege einer Annahme als ob nur unterstellt. Besitz ist daher zu verneinen, wenn in die von einer Person beherrschten Räume ohne ihr Wissen Sachen eingebracht werden (RG 106, 136; JW 1925, 784,

die auf dem Abort eines Gasthauses verlorene Halskette befindet sich nicht ohne weiteres im Besitz des Gastwirts; vgl. indessen RGSt 30, 88). Wenn sich aber jemand bereits zum voraus entschlossen hat, den Besitz an den ohne sein Wissen tatsächlich in seine Gewalt gelangenden Sachen zu erwerben, so an Sachen, die in einen an der Außentür der Wohnung angebrachten Briefkasten gesteckt werden, an Geld, das in eine aufgestellte Sammelbüchse gelegt wird, an Wild, das in eine dem Wildfang dienende Vorrichtung gerät, so erwirbt er den Besitz, ohne daß es noch eines neuen Entschlusses bedürfte, schon auf Grund der zuvor getroffenen Veranstaltungen, selbst wenn er noch nicht einmal erfahren hat, daß die Sachen in seine Gewalt gelangt sind (RG 106, 136; JW 1925, 784). Aus Gründen ähnlicher Art wird auch der Besitz an Früchten oder an andern wesentlichen Bestandteilen ohne besondere Besitzergreifung erworben, wenn diese Sachen durch die Trennung von der Hauptsache verselbständigt werden und innerhalb des Herrschaftsbereichs des Grundstücksbesitzers verblieben sind. — Der zum Besitz erforderliche Wille ist der natürliche, kein rechtsgeschäftlicher. Deshalb ist ein in rechtlichem Sinne **Willensunfähiger** Besitz zu erwerben und zu haben in der Lage insofern, als der Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft ist, und er ist es insoweit, als er den (natürlichen) Willen haben konnte und gehabt hat, die Sache in seine tatsächliche Gewalt zu bringen. Daß ein nur beschränkt Geschäftsfähiger selbst Besitz erwerben kann, ist als selbstverständlich angenommen worden (Prot 2, 33). Durch das Bestehen einer gesetzlichen Stellvertretung (in Form elterlicher Gewalt oder bestehender Vormundschaft) wird der Besitzerwerb durch ein Kind nicht ausgeschlossen (RG 64, 386).

4. Der **Besitzerwerb durch Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers** kommt nur ausnahmsweise in Betracht und kann nur in Frage stehen bei Sachen, die sich überhaupt bereits im Besitz einer Person befinden. In dem gegebenen Rahmen dient die bezeichnete Erwerbsart zur Erleichterung des Besitzerwerbs. Die Erleichterung besteht darin, daß der Besitz schon durch gegenseitige Willenserklärungen erlangt wird und daß es somit keiner tatsächlichen Besitzergreifungshandlung wie bei besitzfreien Sachen bedarf. Der Besitzerwerb mittels bloßer Einigung ist jedoch nur dann zugelassen, wenn der Erwerber sogleich in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (was er darzutun hat, RG Gruch 49, 127), und diese Voraussetzung kann nur unter folgenden Umständen erfüllt sein: In der Natur der Sache liegt es zunächst, daß für einen Besitzwechsel mittels bloßer Einigung nur dann Raum ist, wenn sich der Erklärungsgegner des Erwerbers zur Zeit der Einigung noch selbst im Besitze befand. Notwendig ist weiter, daß der Genannte seine bisherige Gewalt über die Sache selbst aufgibt. Behält er sie, dann ist die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch Einigung ohne weiteres ausgeschlossen (RG Warn 08 Nr 681); so z. B., wenn der bisherige Besitzer die Schlüssel des Lagerplatzes behalten hat und nach wie vor über die ankommenden und abgehenden Waren verfügt (RG 25. 1. 07 II 238/06), oder wenn der Ehemann der Ehefrau in der Wohnung befindliches Hausgestühl schenkt, bei gesetzlichem Güterrecht aber Verwaltung und Nutznießung, also Besitz behält; darüber, ob dann § 930 zutrifft (RG 108, 123) vgl. A 5 zu § 930. Ferneres Erfordernis ist, daß die Erlangung der tatsächlichen Gewalt auch ohne Mitwirkung des bisherigen Besitzers überhaupt möglich ist. Endlich aber, daß auch sonstige Umstände, insbesondere das Verhalten dritter Personen, die Zugängigkeit der Sache nicht hindern. Ein Anwendungsfall: Der Besitzdiener des bisherigen Eigentümers erwirbt von ihm das Eigentum der Sache. Mit dem Eigentum geht auch der Besitz über (RG 13. 12. 23 IV 849/22). — Die **Einigung** selbst ist ein Rechtsgeschäft und unterliegt als solches allen Regeln von Willenserklärungen (§§ 116ff., 164ff., 181). Daher ist auch eine Stellvertretung beim Besitzerwerbe mittels Einigung ohne weiteres zulässig. Die Einigung setzt im übrigen das Vorhandensein einer Verpflichtung zur Besitzübertragung nicht notwendig voraus (RG 68, 101). Aber infolge des der Willenseinigung anhaftenden Mangels kann zugleich das Grundgeschäft und die dingliche Einigung nichtig und der Besitz daher nicht erworben sein (RG JW 07, 540[1]). Darüber, ob die Einigung als abstraktes, von dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verhältnisse unabhängiges Rechtsgeschäft von dessen Nichtigkeit unbedingt unbeeinflußt bleibt (RG 68, 100), vgl. § 929 A 1 a. E. Daß im Wege der Einigung nach § 328 Besitz unmittelbar auch zugunsten eines Dritten erworben werden könnte, ist zu verneinen (RG 66, 99). Der § 328 setzt ein Verpflichtungsgeschäft voraus; die Einigung ist dagegen ein Erfüllungsgeschäft, und für die Anwendung des § 328 ist hier somit keine Stelle. Vgl. hierzu des näheren § 328 A 1 a. E. — Zum Inhalte hat die Einigung die Abmachung, daß der bisherige Besitzer seine Besitzlage, wie sie eben ist und wie er sie fortsetzen kann, auf den andern überträgt; nie genügt aber eine Einigung, durch die lediglich ein Verfügungsrecht begründet wird (RG Warn 08 Nr 681). Auch genügt nicht eine bloße Überweisungserklärung (RG JW 09, 130[1]). Anwendbar ist Abs 2, wenn der Käufer von der Forstverwaltung die Holzabfuhrzettel erhält (RG 6. 1. 06 VII 201/05). — Mit der sogenannten **brevi manu traditio**, von der z. B. § 929 S. 2 handelt, hat § 854 Abs 2 nichts zu tun, denn dabei muß der Erwerber bereits unmittelbarer Besitzer der Sache sein.

5. **Besitzerwerb durch Stellvertreter** (vgl. Vorbem 4 vor § 164 u. § 164 A 3 Abs 3). Der Grundsatz der freien Stellvertretung beim Besitze hat nach dem geltenden Rechte keine allgemeine Geltung mehr. Von einer Stellvertretung beim Besitzerwerbe kann vielmehr nur da die Rede sein, wo die tatsächliche Handlung des einen für den andern unmittelbar wirksam wird, und mithin

durch die Besitzergreifung des Vertreters der andere (der Vertretene) den (unmittelbaren) Besitz erlangt. Etwas dem Ähnliches hat das Gesetz nur bei dem Besitzerwerb durch den Besitzdiener (§ 855 A 1) geschaffen (RG 99, 208; 137, 26). Wenn bei dem Besitzerwerb durch bloße Einigung (§ 854 Abs 2) Stellvertretung zulässig ist, so bedeutet das nur eine scheinbare Ausnahme, denn diese Einigung ist, vgl. oben A 4, ein Rechtsgeschäft, während der Besitzerwerb durch tatsächliche Gewalt das nicht ist. Stellvertretung liegt auch nicht vor im Falle des § 868, da hier der Handelnde den unmittelbaren Besitz für sich selbst erwirbt und der andere Teil eine Besitzstellung nur mittelbar erlangt (RG 137, 26). Die Stellvertretung beim Besitze grundsätzlich zuzulassen, mußte dem Gesetzgeber deswegen fernliegen, weil er den rechtsgeschäftlichen Willen als Begriffsmerkmal des Besitzes nicht hat anerkennen wollen (A 3 oben und Vorbem 4 vor § 164). Bedenklich ist es deshalb, wenn RG 6. 11. 31 VII 157/31 in einer mehr beiläufigen und für die schließliche Entscheidung nicht wesentlichen Bemerkung gesagt wird, daß bei der gewollten Ausführung eines vorher geschlossenen Übereignungsabkommens die rechtsgeschäftliche Natur des zugleich eine Willenserklärung enthaltenden Besitzerlangens nicht zu bezweifeln sei, und wenn daraus die Anwendbarkeit des § 166 hergeleitet wird. Von einer Stellvertretung kann hier nur bei der zum Eigentumsübergang notwendigen Einigung darüber die Rede sein; auf das Besitzerlangen sind die §§ 164ff. auch bei weitester Auslegung nicht anwendbar (RG 137, 26ff.). Bei der gesetzlichen Stellvertretung (elterlichen Gewalt, Vormundschaft) ist der gesetzliche Stellvertreter der unmittelbare Besitzer der von ihm in Besitz genommenen, dem Vertretenen gehörigen Sachen; denn seine Rechtsstellung ist kraft Gesetzes selbständig. Der Vertretene ist nur mittelbarer Besitzer (§ 868 A 3). Ein Fall der Stellvertretung beim Besitzerwerbe liegt auch hier mithin nicht vor. Über den Besitzstand unter Eheleuten vgl. § 868 A 3). Die allgemein besitzfähigen juristischen Personen erwerben durch ihre Vertreter regelmäßig selbst den unmittelbaren Besitz, aber nur deswegen, weil das Handeln des Vertreters nicht als Handeln anstatt der juristischen Person mit Wirkung für diese, sondern als eigenes Handeln der juristischen Person anzusehen ist. (§ 855 ist hier so wenig wie im Falle der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaft anwendbar.) Je nach der Verfassung einer juristischen Person ist es indessen auch möglich, daß ihr Stellvertreter den unmittelbaren Besitz für sich selbst erwirbt, so wenn er eine Sache in seine persönliche Verwahrung nimmt. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, bei der das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zur gesamten Hand gehört (§ 718), sind die Gesellschafter in demselben rechtlichen Verhältnis auch Besitzer (RG Warn 1927 Nr 55). — Der § 983 spricht ausdrücklich von dem Besitze „einer öffentlichen Behörde". — Der Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Nachlaßverwalter, Treuhänder (§ 31 HypBankG v. 13. 7. 99) haben nach richtiger Ansicht ebenfalls nicht die Rechtsstellung eines Stellvertreters, da sie kraft eigenen Rechtes handeln (RG 52, 333, ferner Vorbem 2 vor § 164), und sie erwerben sonach auch ihrerseits den unmittelbaren Besitz. — Über den Besitz des Pfandhalters im Sinne des § 1206 vgl. RG 66, 261.

6. Soweit das Landesrecht gilt, kann Besitz auch durch eine bloße behördliche Anordnung erworben werden, so beim Zusammenlegungsverfahren durch die Besitzüberweisung (RG 18. 6. 02 VI 124/02) und bei der Enteignung gemäß § 32 des PrGes. v. 11. 6. 74 durch die Enteignungserklärung. — Nach den Übergangsbestimmungen Artt 180, 191 EG finden die Vorschriften des BGB über den Besitz auf die vor dem 1. 1. 00 entstandenen Besitzverhältnisse keine Anwendung (RG 54, 135). In örtlicher Hinsicht regelt sich der Übergang des Besitzes auch an beweglichen Sachen nach dem Gesetze des Ortes, wo sie sich befinden (RG 11, 52).

§ 855

Übt jemand [1]) die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen [2]) in dessen Haushalt [3]) oder Erwerbsgeschäft [4]) oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat [5]), so ist nur der andere Besitzer [6]).

E II 778; P 3 31, 33; 6 219.

1. Nach der hierfür gebräuchlich gewordenen Bezeichnung der **Besitzdiener,** Besitzgehilfe. Er ist im Sinne des Gesetzes nur Stellvertreter des Besitzherrn im Besitze, da seine Besitzhandlungen allein dem Genannten zugerechnet werden und demgemäß nur dieser Besitz erwirbt (§ 854 A 4 u. 5; RG SeuffA. 79 Nr 186).

2. Die erste Voraussetzung für das Vorhandensein einer Besitzdienerschaft ist, daß der Besitzdiener die **tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern ausübt** (den Besitzherrn). Diese Voraussetzung ist lediglich eine sachliche. Denn gefordert wird nur, daß der Besitzdiener tatsächlich auf Grund des zwischen ihm und dem andern bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses (A 4) handelt, die Gewalt also anstatt des andern ausübt. Dagegen wird nicht verlangt, daß der Besitzdiener, abgesehen von seiner im allgemeinen gewollten Unterordnung unter die Weisungen des Besitzherrn (A 5), auch im besonderen Falle sich entschließt, für den Genannten zu handeln. Daher ist die Anwendbarkeit des § 855 im Einzelfalle auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der

Besitzdiener (innerlich) den Willen gehabt hat, nicht für den Besitzherrn, sondern für sich selbst den Besitz auszuüben. Eine derartige nur innerliche Entschließung des Besitzdieners ist rechtlich unerheblich, solange der Besitzdiener überhaupt im Rahmen des allgemeinen Abhängigkeitsverhältnisses tätig gewesen ist (Prot 3, 36). Die Sachlage wird erst dann eine andere, wenn der Besitzdiener seinen Willen in die Tat umgesetzt und etwa die Sache durch eine äußerlich erkennbare Handlung dem Besitze des Dienstherrn entzogen hat (z. B. ein Dienstbote durch widerrechtliche Wegnahme). Liegt das vor, dann wird die Beendigung des Besitzes des Besitzherrn und anderseits der Erwerb des Besitzes durch den Besitzdiener auch nicht dadurch gehindert, daß der letztere rechtswidrig und gegen den Willen des Herrn handelt (§ 854 A 3). Hat der Besitzdiener eine Sache, die er für den Besitzherrn erwerben sollte, unter solchen Umständen für sich selbst erworben, daß der Herr trotz des auftragswidrigen Verhaltens des Besitzdieners in bezug auf die Sache keinen Anspruch erworben hat, so ist auch der § 855 zu seinen Gunsten nicht anwendbar. Sollte beispielsweise der Besitzdiener eine bestimmte Sache für den Haushalt des Herrn anschaffen, so sind folgende Fälle denkbar: Kauft der Besitzdiener die Sache schlechthin und erfolgt auch die Übergabe schlechthin (also weder auf den Namen des Herrn noch auf den des Besitzdieners), dann erlangt den Besitz der Herr, selbst wenn der Besitzdiener sich insgeheim vorbehält, die Sache für sich zu erwerben. Kauft der Besitzdiener dagegen die Sache in eigenem Namen und läßt er sie sich auch auf eigenen Namen übergeben, oder kauft er die Sachen überhaupt nicht, läßt er sie sich vielmehr schenken und schenkweise übergeben, dann mag er sich verantwortlich gemacht haben, aber der Herr hat den Besitz nicht erlangt.

3. Der Begriff des **Haushalts** ist weiter als der des Hausstandes (§§ 1617, 1618, 1619, 1969). Es kann jemand in dem Haushalte (§§ 196, 1361, 1620, 1932) eines andern tätig sein, ohne dessen Hausstand anzugehören (§ 1618), z. B. eine Waschfrau, ein Lohndiener. Ein Gast, dem eine Sache zum Gebrauche überlassen wird, ist jedoch nicht Besitzdiener, weil er in keinem Abhängigkeitsverhältnisse steht. Der Gastgeber behält die unmittelbare tatsächliche Gewalt über die Sache, so daß der Gast also nicht selbst etwa Besitzer ist. Es läßt sich auch nicht allgemein als Regel annehmen, daß jedes Mitglied des Hausstandes eines andern, das die Gewalt über eine zum Haushalte gehörige Sache ausübt, dies in Eigenschaft als Besitzdiener des andern tut. Es wird vielmehr auch hier darauf ankommen, ob der Betreffende in Ansehung der Sache den Weisungen desjenigen, der dem Haushalte vorsteht, zu folgen hat, insbesondere also auf dessen Geheiß die Sache ihm auszuantworten verpflichtet ist oder nicht. Daß die Sache gerade zu den Haushaltungsgegenständen (§§ 1382, 1640, 1969, 1932) gehört, ist nicht erforderlich. Die Worte „in dessen Haushalt" sind auch nicht räumlich zu verstehen. Es genügt, daß die Sache überhaupt nur zum Haushalte gehört, gleichgültig, wo sie sich befindet. Das Besitzdienerverhältnis bleibt z. B. auch dann bestehen, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Angestellten mit einer Sache zum Zwecke ihres Verkaufs nach einem anderen Orte sendet (RG 71, 248). Ein Bediensteter, der Sachen für den Haushalt einkauft und nach Hause befördert, übt ebenfalls die Gewalt darüber bereits unterwegs für den Dienstherrn aus.

4. Der Ausdruck **Erwerbsgeschäft** ist hier wie sonst (§§ 112, 1367, 1405 u. a.) im weitesten Sinne zu verstehen; er greift im Falle jeder berufsmäßig auf Erwerb gerichteten Tätigkeit Platz. In Betracht kommen hier kaufmännische, gewerbliche, künstlerische, wissenschaftliche Gehilfen, Gutsverwalter, Leiter von Zweiggeschäften, gelegentlich auch die Ehefrauen in Abwesenheit des Ehemanns (RG 51, 23), Packer, Bodenmeister (RG JW 09, 105[3]), der Förster hinsichtlich der seiner Aufsicht unterworfenen geschlagenen Hölzer (RGSt 14, 305), die Angestellten eines Lagerhalters hinsichtlich der eingelagerten Sachen (RG 138, 270), der Kahnschiffer hinsichtlich der ihm vom Eigentümer angewiesenen Unterkunftsräume auf dem Kahn (RAG 5, 266), der Garderobepächter hinsichtlich der Garderoberäume (RG 97, 166), endlich im inneren oder äußeren Betriebe beschäftigte Arbeiter. Wenn der Gehilfe zugleich zur Stellvertretung ermächtigt ist, so schließt das seine Eigenschaft als Besitzdiener nicht aus; a. M. KG OLG 42, 272 betr. Gutsverwalter mit umfassender Vollmacht; vgl. aber RG 99, 209. Auch in dem RG 138, 270 entschiedenen Falle war der Besitzdiener kraft besonderer Vollmacht zum Weiterübertragen des Besitzes befugt. Auf den Ort der Besitzausübung kommt es hier ebenfalls nicht an (RG 71, 248); s. A 3 a. E.

5. Ein Besitzdienerverhältnis setzt eine derartige Beziehung zwischen den beiden Beteiligten voraus, daß **der eine den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat.** Der Diener muß sonach, indem er die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, lediglich als das Werkzeug des andern in Betracht kommen, also nicht nur schuldrechtlich etwa zur Aufbewahrung oder zur Herausgabe der Sache verpflichtet sein, sondern den Weisungen des andern schlechthin und ohne weiteres zu folgen haben (RG Warn 1922 Nr 70, nicht der Unternehmer, der die gelieferten Sachen zur Nachbesserung erhält, 17. 10. 22 VII 696/21; nicht der Unternehmer, der zwar Stoffe des Bestellers nach dessen Zeichnungen, aber auf Grund eigener vertraglicher Rechte bearbeitet, nicht der Schneidemüller, der Holz zum Schneiden erhält, RG Warn 1929 Nr 180). Entscheidend über das Vorhandensein eines solchen Verhältnisses ist die Verkehrsanschauung. Innerhalb dieser Beziehungen kann der Gehilfe für den Besitzherrn unmittel-

bar sowohl Besitz erwerben (RG 66, 265) als auch den Besitz erhalten. Insoweit hat er von Gesetzes wegen die Stellung eines Stellvertreters im Besitze. Indessen gibt ihm diese seine Stellung allein und ohne besondere Vollmacht nicht auch die Befugnis zur Besitzübertragung auf einen Dritten. Daraus folgt, daß, wenn eine Sache dem Besitze des Besitzherrn durch einen Dritten entzogen ist, auf seiten des Besitzherrn unfreiwilliger Besitzverlust gemäß § 935 auch dann vorliegt, wenn der Dritte im Einverständnisse mit dem Besitzdiener gehandelt oder wenn dieser dem Dritten die Sache übergeben hat (RG 106, 4; SeuffA 75 Nr 119 betr. Verschiebung von Waggons mit Kohle durch Angestellte der Grube). Für die Frage des unfreiwilligen Besitzverlustes kommt beim Besitzdienerverhältnis überhaupt nur der Wille des Besitzherrn, nicht der des Besitzdieners in Betracht. Abhanden gekommen ist eine Sache im Sinne des § 935 demnach stets, wenn der (unmittelbare) Besitz ohne den Willen des Besitzherrn ihm verlorengegangen ist (RG 71, 248). — Das Verhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener kann privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher, dauernder oder vorübergehender Art sein (z. B. bei der Annahme eines Tagelöhners, RG JW 08, 527 [12]) oder bei Beauftragung eines Dienstmanns mit Beförderung einer Sache (str.). Maßgebend für das Bestehen eines Besitzdienerverhältnisses ist lediglich das soziale Abhängigkeitsverhältnis, kraft dessen der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener als sein Werkzeug ausübt (RG Warn 09 Nr 416). Die nur wirtschaftliche Abhängigkeit, z. B. der einen Firma von einer andern, steht der sozialen nicht gleich (RG Warn 1932 Nr 164). Das Abhängigkeitsverhältnis muß auch erkennbar sein, damit der Besitz selbst erkennbar und überhaupt vorhanden sei (RG 77, 209). Auch ein rein tatsächliches Verhältnis (z. B. ein nichtiger Dienstvertrag oder ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis) kann als Grundlage genügen, wenn nur die Beteiligten davon ausgehen, daß der eine den Weisungen des andern in Ansehung der Sache zu folgen hat. Besitzdiener sind beispielsweise die Ehefrau, der der Mann für den Fall kurzer Abwesenheit die Obhut über die Sachen seines Geschäfts übertrug (RG 51, 23); der Bergverwalter, der die tatsächliche Gewalt über die der Gewerkschaft gehörigen Pferde ausübt (RG 52, 118); der Spediteur, dessen sich der Importeur von Getreide zu dessen Löschung und Weitersendung bedient (RG 70, 408); die Zweigstelle der Bank, die bei ihr hinterlegte Wertpapiere für die Bank verwahrt (RG 112, 113); derjenige, dem verpfändete Sachen als „Pfandhalter" zur Aufbewahrung übergeben sind (RG 66, 261). Besitzdiener ist dagegen nicht, wer betreffs gewisser Sachen vertragsmäßig die Gefahr zu tragen hat, also bei Ausübung der tatsächlichen Gewalt sein eigenes Interesse wahrnimmt, wie entsprechendenfalls der Ziegelmeister betreffs der von ihm angefertigten Ziegel (RG 72, 285). Auch nicht jeder Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 278 ist notwendigerweise Besitzdiener (RG Warn 1932 Nr 164). Ob der Führer eines Torpedoboots Besitzdiener oder Besitzmittler für das Reich ist, läßt RG 113, 303 offen, er ist aber wohl Besitzdiener.

6. Unter den gegebenen Voraussetzungen ist **der andere** (der Besitzherr) **unmittelbarer Besitzer,** weil ihm die Ausübung der Gewalt durch den Besitzdiener unmittelbar als eigene Tätigkeit zugerechnet wird (§ 854 A 5). Der Besitzdiener hat dagegen keinerlei Art von Besitz (A 2). Auch im Sinne des Strafrechts nicht (RG JW 08, 601 [111]). Er macht sich, wenn er die in seiner Obhut befindliche Sache sich aneignet, nicht der Unterschlagung, sondern des Diebstahls schuldig. Auch die Befugnisse des Selbsthilferechts aus § 859 sind ihm nur soweit eingeräumt, daß er sie zum Schutze des Besitzes des Besitzherrn ausüben darf (§ 860).

§ 856

Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt [1]) oder in anderer Weise verliert [2]).

Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt [3]).

E I 808, 810 II 779; M 3 102; P 3 27, 34.

1. Die **Beendigung des Besitzes** — und zwar des unmittelbaren, um den es sich hier allein handelt — kann eintreten sowohl mit dem Willen des Besitzers (A 2) wie auch ohne seinen Willen (A 3). In beiden Fällen ist aber das, was den Besitzverlust schließlich bewirkt, immer nur die entscheidende Tatsache, daß der Besitzer die tatsächliche Herrschaft über die Sache einbüßt. Der Wille, nicht mehr zu besitzen, kann allein für sich als entscheidend deswegen niemals in Betracht kommen, weil der Wille überhaupt nicht der Träger des Besitzes ist (§ 854 A 1, 3). Auch an Sachen, die in Vergessenheit geraten sind, bleibt daher der Besitz so lange bestehen, als das Gewaltverhältnis fortwährt (A 3). Auch der Untergang des Rechts zum Besitze kann nur die Rechtmäßigkeit des letzteren beeinflussen, aber nicht dessen Verlust herbeiführen. (Über die Beendigung des mittelbaren Besitzes vgl. § 868 A 6). Zur **Aufgabe der tatsächlichen Gewalt über die Sache** gehört notwendig jedoch nicht nur ein bestimmtes darauf gerichtetes erkennbares Handeln oder Nichthandeln des Besitzers, es muß vielmehr das Handeln auch mit dem Willen verbunden sein, die Sache fortan nicht mehr tatsächlich zu beherrschen. Ohne einen solchen Willen läßt sich die Besitz-

aufgabe überhaupt nicht denken. Die Besitzaufgabe ist indessen gleichwohl kein Rechtsgeschäft (hinsichtlich der Aufgabe des Eigenbesitzes vgl. § 872 A 1, 3), weil eben der Wille beim Besitze überhaupt keine rechtliche, sondern nur eine tatsächliche Rolle spielt (§ 854 A 3). Auch der im Rechtssinne Willensunfähige ist daher zur Besitzaufgabe befähigt, falls er nur imstande ist, den natürlichen Willen zu fassen, sich der Gewalt zu begeben. — Die Handlung des Besitzers, durch die er sich der Gewalt entäußert, kann sowohl in einem Tun wie in einer Unterlassung bestehen. Als eine solche kommt es insbesondere in Betracht, wenn der Besitzer unterläßt, eine ihm abhanden gekommene Sache sich wieder zu verschaffen. Die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt kann ferner eine bloße Preisgabe darstellen oder zugleich mit der Übertragung des Besitzes auf einen andern verbunden sein (Übergabe). Die Besitzergreifung durch einen andern mit dem Einverständnisse des bisherigen Besitzers steht der Übergabe gleich (RG JW 08, 681 [13]). Wenn die Einräumung des Besitzes an den andern nur mit der Folge geschieht, daß „auch" der andere unmittelbarer Besitzer wird, verliert der bisherige Besitzer den Besitz nicht; es entsteht vielmehr Mitbesitz (§ 866, RG 66, 259).

2. Verlust des Besitzes auf andere Weise als durch Aufgabe kann durch jedes Ereignis herbeigeführt werden, das die bisherige tatsächliche Gewalt des Besitzers unabhängig von seinem Willen beseitigt; so durch die Besitzergreifung seitens einen andern (§ 935), oder durch zufällige Vorgänge, die das Gewaltverhältnis nicht nur vorübergehend (§ 856 Abs 2) lösen. Die Unkenntnis des Besitzers von dem Verbleib der Sache beendigt seinen Besitz solange nicht, als sich die Sache noch innerhalb der seiner Gewalt unterworfenen Räume oder auch nur seines Grundstücks (RGSt 3, 204; 10, 85; 39, 28) befindet. Der bei der zwangsweisen Pfändung entstandene Besitz des Gerichtsvollziehers geht durch Beseitigung der Pfändungszeichen verloren (§ 808 ZPO; RG 57, 323).

3. Ob eine unschädliche **nur vorübergehende Behinderung** vorliegt, ist von Fall zu Fall auf Grund der Verkehrsanschauung zu entscheiden. Beispiele: nur vorübergehende Abwesenheit des Besitzers (RG 51, 23), Krankheit, nur vorübergehende Benutzung der Sache durch den Besitzdiener in eigenem Interesse (RG 52, 118), heimliche Flucht eines Lagerhalters, dessen Besitzdiener den Geschäftsbetrieb aufrechterhalten (RG 138, 270). Endlich gehört hierher auch das „Verlieren", wenn der Ort der Zurücklassung der Sache bekannt ist und unter gewöhnlichen Umständen noch die Möglichkeit besteht, die Sache wieder zu erlangen (RGSt 38, 444, betreffend Liegenlassen einer Sache aus Vergeßlichkeit im Eisenbahnwagen). Vgl. auch RGSt 39, 28; 48, 385. Über den Besitzverlust im Falle der Besitzausübung durch einen Besitzdiener vgl. § 855 A 2 u. 6. Ein gestrandetes Schiff wird nicht schon dadurch besitzfrei („verlassen" im Sinne des BinnenSchG), daß die Besatzung sich vorübergehend von ihm entfernt; es muß der Besitz vielmehr aufgegeben sein (RG 57, 23), vgl. auch RGSt 10, 85. Bei dem Bruch einer Ankerkette wird der Besitz an dem auf den Meeresgrund versunkenen Ankergeschirr nicht verloren, solange das Schiff noch in der Nähe liegt oder erst nach Feststellung des Unfallortes und Heranholung eines Schleppers mit Suchgeschirr abfährt (RG 138, 121). Im gegebenen Falle war aber nach den neuerdings getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts der Besitz verloren gegangen (RG 143, 168f.).

§ 857

Der Besitz geht auf den Erben über [1]).

E I 2052—2054, 885 Abs 1 II 779; M 3 101, 354; P 5 650.

1. Vererblichkeit des Besitzes. Der Grundsatz des § 1922, daß mit dem Erbfalle das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben übergeht, ist auch auf das gemäß § 854 an sich nur tatsächliche Besitzverhältnis erstreckt. Damit erhält dieses insoweit die Natur eines Vermögensbestandteils (Vorbem vor § 854; RG 83, 229). Nach ihrer allgemeinen und vorbehaltlosen Fassung muß die Bestimmung auch zu der Annahme führen, daß der Erbe genau in die Besitzstellung des Erblassers zur Zeit seines Todes eintritt (mithin als unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer), gegebenenfalls auch belastet mit der Haftung wegen etwaiger Fehlerhaftigkeit des Besitzes gemäß § 858 Abs 2. Eine Ausnahme von dem bezeichneten Grundsatze kann nur für den Fall angenommen werden, daß zwischen dem Erben und dem Erblasser zuvor das Verhältnis mittelbaren Besitzes bestanden hatte. War nämlich der Erbe mittelbarer und der Erblasser unmittelbarer Besitzer, dann wird der Erbe durch den Erbanfall zum unmittelbaren Besitzer, während sein bisheriges mittelbares Besitzverhältnis sich erledigt. War umgekehrt der Erbe unmittelbarer, der Erblasser dagegen mittelbarer Besitzer, dann erlischt das mittelbare Besitzverhältnis des Erblassers und der Erbe bleibt nunmehr ausschließlich unmittelbarer Besitzer. Der Besitzübergang vollzieht sich im übrigen ausnahmslos in allen Fällen, in denen der Erblasser bis zum Todesfalle Besitz gehabt hatte, gleichviel wie dieser Besitz geartet und aus welchem Anlasse er entstanden war. Der Erbe erwirbt auch mit dem Todesfalle den Besitz des Erblassers jedesmal ohne weiteres (mehrere Erben nach § 866 den Mitbesitz) kraft Erbgangs. Einer Inbesitznahme der betreffenden Nachlaßgegenstände bedarf es zum Besitzerwerbe nicht (RG JW 06, 450 [1]). Der Erbe genießt deshalb ohne weiteres auch den Besitzschutz der §§ 861, 862; er kann sich auf die an den Besitz

geknüpften Vermutungen berufen, haftet anderseits aber auch als Besitzer. Vgl. Vorbem vor § 854. Ob man den Besitz der Erben nach § 857 als einen wirklichen oder nur als einen gedachten Besitz ansehen und demnach die Besitzvorschriften unmittelbar oder — wohl richtiger — nur entsprechend anwenden will, ist für die Anwendung des bürgerlichen Rechts bedeutungslos. — Verschieden von dem Besitze gemäß §§ 857, 854 ist der „Erbschaftsbesitz" im Sinne des § 2018. Der letztere setzt voraus, daß der Erbschaftsbesitzer erst nach eingetretenem Todesfalle etwas aus dem Nachlasse erlangt hat; es kann diese Voraussetzung aber auch dadurch erfüllt werden, daß beispielsweise ein Miterbe, der bereits vor dem Todesfalle an dem Erblasser gehörenden Sachen unmittelbaren Besitz gehabt hatte, sich nach dem Tode Eigenbesitz daran anmaßt (RG 81, 294; vgl. § 872 A 1). Ein Besitzerwerb des Nacherben gemäß § 857 wird regelmäßig durch den Besitz des Vorerben ausgeschlossen, auch vom Vorerben erwirbt der Nacherbe nicht den Besitz; § 857 trifft diesen Fall nicht. — Daß auch der kraft Erbrechts erworbene Besitz dem Erben verlorengeht, sobald ein Dritter die Sache nach eingetretenem Erbfalle in seine Gewalt bringt, ergibt sich aus den allgemeinen Regeln (§ 856).

Der § 857 greift auch dann Platz, wenn der Besitz des Erblassers aus einer Stellung herrührte, die ihrerseits nicht übertragbar war, vielmehr mit dem Tode des Erblassers notwendig ihr Ende erreichen mußte, insbesondere also aus der Stellung des Erblassers als Beauftragter (§ 673) oder als Verwalter (Konkurs-, Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker) oder als Nießbraucher (§ 1061; RG 31. 1. 18 IV 360/17). Diese Ausdehnung (Prot 5, 652) hat auch einen guten Sinn, wenn man erwägt, daß sich z. B. der Erbe des Beauftragten (Verwalters) unter Umständen mit dem Geschäftsherrn so auseinandersetzen muß, wie es dem Erblasser obgelegen hätte, und daß er gemäß § 673 möglicherweise sogar die Besorgung des Geschäfts fortzusetzen verpflichtet ist. — Da der Besitzübergang im Falle des § 857 im Erbrechte seinen Grund hat, so kann er nicht gegeben sein, wenn der Anfall demnächst infolge einer Anfechtung als nicht erfolgt gilt (§§ 2078ff., 2281ff., 2339ff.), oder wenn der Erbe die Erbschaft nach § 1953 mit rückwirkender Kraft ausgeschlagen hat.

Über den Einfluß der erbrechtlichen Besitznachfolge in Ansehung der Ersitzung vgl. die §§ 937, 943. Falls beim Erblasser die Voraussetzungen der Ersitzung nicht erfüllt waren, insbesondere mangels guten Glaubens oder mangels Eigenbesitzes, kann der Erbe in seiner Person nur eine neue Ersitzung beginnen. Es ist überhaupt nicht ausgeschlossen, daß der Erbe nach Übergang des Besitzes gemäß § 857 durch Inbesitznahme der Sache außerdem noch in Gemäßheit des § 872 den Eigenbesitz erlangt. — Strafrechtlich hat die Bestimmung des § 857 keine Bedeutung, da § 242 StGB voraussetzt, daß die Sache sich in der tatsächlichen Gewalt eines andern befunden hat (§ 854 A 1 a. E.; RG JW 01, 611 [29] und RGSt 34, 252; 47, 212; 56, 23; 58, 229). Das Strafrecht erkennt den nur im Wege der Annahme als ob geschaffenen Besitz des § 857 als wirklichen Besitz nicht an.

§ 858

[1]) **Wer dem Besitzer [2]) ohne dessen Willen [3]) den Besitz entzieht [4]) oder ihn im Besitze stört [5]), handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet [7]), widerrechtlich (verbotene Eigenmacht) [6]).**

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft [8]). Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt [9]).

E I 814 II 780; M 3 110, 129; P 3 36.

1. **Fehlerhafter Besitz.** Dem Gesetze ist der Begriff des „rechtmäßigen" oder „ungerechtfertigten" Besitzes fremd. Der Besitzschutz soll nicht ein subjektives Recht verwirklichen, er soll nur die tatsächliche Herrschaft aufrechterhalten oder wiederherstellen. Bei dem Streit um diese soll unterliegen, wer durch verbotene Eigenmacht dem andern den Besitz gestört oder gar entzogen und so fehlerhaften Besitz erlangt hat. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes wirkt also immer nur dem andern gegenüber. Im Verhältnis zu einem Dritten wird auch der fehlerhafte Besitz, z. B. der des Diebes, geschützt (RGSt 60, 278). Von den Schutzmitteln des Besitzers handeln die §§ 859ff.

2. Als **Besitzer**, dem gegenüber gemäß § 858 verbotene Eigenmacht möglich ist, kommt nur der unmittelbare Besitzer in Betracht (RG Warn 1920 Nr 200; JW 1931, 2904 [5]; 20. 6. 33 VII 76/33). Inwiefern der mittelbare Besitzer durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigt werden und welchen Anspruch er alsdann erheben kann, bestimmt erst der § 869.

3. Schon das besitzwidrige Handeln eines anderen **ohne den Willen des Besitzers** genügt als Voraussetzung für die Widerrechtlichkeit, während ein Handeln gegen den Willen nicht erforderlich ist. Liegt beides nicht vor, dann ist der Besitzerwerb kein eigenmächtiger. Der Besitzer

braucht also nicht ausdrücklich Widerspruch zu erheben, das Fehlen seiner irgendwie kundgegebenen — aber freien — Zustimmung genügt (RG JW 1928, 497 [29]). Die einmal erklärte Zustimmung wirkt weiter bis zum Widerruf (RG Warn 1930 Nr 149). Sie muß aber rechtsgeschäftlich wirksam sein (RG JW 04, 361 [18]). Auf Verschulden kommt es hier nicht an; ein solches spielt erst bei dem Anspruch auf Schadensersatz eine Rolle (RG 55, 57; 107, 258; Warn 1925 Nr 24), wobei § 823 Abs 2 Anwendung findet (RG 59, 326) oder auch § 823 Abs 1 (Besitz ist „sonstiges Recht", RG 13. 11. 23 VII 903/22). Selbst ein Handeln aus Irrtum über die Berechtigung der Besitzentziehung (infolge irrtümlicher Annahme, daß die Voraussetzung des § 861 Abs 2 gegeben sei) nimmt der Entziehung nicht die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit (RG 67, 389). Vgl. A 6. — Auch schon aus dem bloßen Nichtwissen läßt sich der Mangel einer Zustimmung entnehmen (RG JW 04, 361 [18]). Anderseits aber kann auch ein stillschweigendes Einverständnis schon aus dem ganzen Verhalten des bisherigen Besitzers (etwa seiner Gleichgültigkeit betreffs des Verbleibs der Sache) gefolgert werden (RG 72, 198); wobei jedoch die Unterlassung eines gewaltsamen Widerstands (§ 859 Abs 1) oder der Anrufung der Polizei noch nicht als Zustimmung erachtet werden kann, wenn nur Widerspruch erhoben worden ist (RG Warn 1914 Nr 335). War die Zustimmung nur bedingt erteilt, so muß auch die Bedingung bereits eingetreten, beispielsweise die Bezahlung des Kaufpreises bereits erfolgt sein (RG 67, 388). Die Zustimmung des mittelbaren Besitzers kann dem unmittelbaren Besitzer nichts vergeben und kann eine diesem widerfahrene Eigenmacht nicht zu einer statthaften machen (RG 19. 4. 05 V 400/04, betreffend die Inbesitznahme von Pachtland durch den Enteignungsberechtigten mit alleiniger Zustimmung des Eigentümers, vor Zustellung des Enteignungsbeschlusses an den Enteigner). — Eine der Teilnahme im Sinne des StGB ähnliche Mitwirkung eines Dritten durch Anstiftung, Beihilfe oder Begünstigung ergibt auch dem Dritten gegenüber den Tatbestand der verbotenen Eigenmacht (RG 20. 6. 33 VII 76/33). Zu beweisen hat die Eigenmacht derjenige, der Rechte aus ihr herleitet (RG 30, 110).

4. Besitzentziehung (§ 861) ist die dauernde Beseitigung der Gewalt des Besitzers (RG 67, 389; angenommen in einem Falle, wo der bisherige Besitzer einer Sache an ihrer Fortnahme durch Schließung eines Torwegs gehindert wurde). Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts (z. B. Stadtgemeinden) können sich (auch bei Anwendung polizeilicher Maßregeln, z. B. bei Beseitigung eines Vorgartens) durch ihren Willensvertreter der Eigenmacht schuldig machen (RG 55, 56, betreffend die Heeresverwaltung). Auch der mittelbare Besitzer kann selbstverständlich gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht ausüben (RG 69, 197; Warn 1927 Nr 55; 20. 6. 33 VII 76/33); aber nicht umgekehrt (A 2 und § 869 A 2). Hinsichtlich des Besitzdieners vgl. § 855 A 2.

5. Besitzstörung ist die Beeinträchtigung des Besitzers im ruhigen Genusse des Besitzes derart, daß der ruhige, befriedete Zustand in einen solchen der Rechtsunsicherheit verkehrt wird (RG 55, 57). Sie kann zunächst durch physische Einwirkungen auf die Sache bewirkt werden, so durch übermäßige Zuführung von Gasen usw. im Sinne des § 906 (RG 59, 328; 105, 215); durch bauliche Veranstaltungen oder durch Veranstaltungen, welche die Sicherheit gefährden (RG 55, 55 mittels auf das Grundstück überfliegender Geschosse). Aber auch Einwirkungen seelischer Art reichen zur Erfüllung des Tatbestandes der Besitzstörung aus: so die Einwirkung mittels wörtlicher Bestreitung des Besitzes, durch Verbote oder Drohungen; nur muß eine wirkliche Beunruhigung des Besitzes herbeigeführt und der ruhige Besitz auf diese Art wirklich gestört worden sein (RG JW 08, 274 [9]; 1931, 2904 [5]). Daß die Störung gegen ein Verbot erfolgt, ist kein Erfordernis.

6. Über den Begriff **„widerrechtlich"** vgl. § 227 A 1. **Verbotene Eigenmacht** ist jede Handlung, durch die der Besitzer in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird (§§ 861, 862), falls die Handlung nicht ausnahmsweise (A 7) gestattet war (RG 55, 55). In welcher Absicht der Täter gehandelt hat, ist unerheblich. Einflußlos ist mithin auch seine Schlecht- oder Gutgläubigkeit in Hinsicht auf ein Einverständnis des Besitzers (RG 67, 389, wo die Ablieferung der Kaufsache nur gegen Zahlung des Kaufgeldes versprochen war; vgl. auch Gruch 50, 676). Unwesentlich ist desgleichen das Kennen oder Kennenmüssen des Besitzes des andern; eine Bergungsgesellschaft, die in dem RG 138, 121 unterstellten, nach RG 143, 168f. aber schließlich nicht gegebenen Falle (§ 856 A 3 a. E.) auf eigene Faust den Anker suchen, finden und in Besitz nehmen würde, handelte widerrechtlich. Unwesentlich ist endlich die Frage des Verschuldens. Auf dieses kommt es nur an, wenn es sich um die Verpflichtung zum Schadensersatze handelt (RG 55, 55; JW 06, 737 [5]; Gruch 51, 985). Das Nähere hierüber bei § 861 A 4.

7. Die **gesetzlich ausnahmsweise gewährte Befugnis**, in einen fremden Rechtskreis und insbesondere in den Besitzstand eines andern einzugreifen, kann öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Art sein. In der ersteren Hinsicht kommen in Betracht die Befugnis des Verletzten aus § 127 StPO, Überführungsstücke an sich zu nehmen (RG 64, 385), ferner die Befugnisse der Vollstreckungsbeamten nach der ZPO und nach § 150 ZVG. Auch gegen den Vollstreckungsgläubiger ist die Besitzentziehungsklage nicht gegeben (RG JW 02 Beil 192). Keine verbotene Eigenmacht gegenüber dem besitzenden Nichteigentümer eines Grundstücks ist es also, wenn gegen den Eigentümer ordnungsmäßig die Zwangsversteigerung beantragt wird (RG 116,

365). Die hier vertretene Ansicht, daß § 986 dem Besitzer eine Rechtsstellung gebe, welche ihn zur Klage aus § 771 ZPO berechtige, ist RG 127, 11 aber wieder aufgegeben worden. Ob der Beamte (z. B. ein Förster bei Ausübung des Schutzes der Jagd) innerhalb seiner amtlichen Befugnis gehandelt hat, kann der ordentliche Richter selbst prüfen (RG JW 08, 653²; RG 108, 239). Privatrechtlich gehört hierher insbesondere das Selbsthilferecht (§§ 227—229, 861, 904). Vgl. ferner die §§ 859 Abs 2—4, 860, 561, 904, 910, 962, 1373, 1443, 1519, 1549, 2205, weiter EG Art 89 betr. das Privatpfändungsrecht. Nicht hierher gehören die Fälle des § 867, wo dem Sachbesitzer nur ein Anspruch gewährt und dem Grundstücksbesitzer nur die Verpflichtung auferlegt ist, eine Einwirkung zu gestatten; ebenso nicht der Fall des § 258 Satz 2, der vom Sachbesitzer gleichfalls nur das Gestatten einer Einwirkung verlangt; endlich nicht die Fälle, in denen jemand nur kraft eines subjektiven Rechts, dinglicher oder persönlicher Art, zur Vornahme der betreffenden Besitzhandlung befugt ist, vgl. z. B. den vom RAG 5, 263 entschiedenen Fall. Insoweit kann lediglich der § 863 Platz greifen.

8. Vgl. A 1. Die **Fehlerhaftigkeit** des durch verbotene Eigenmacht erlangten Besitzes kommt zunächst nur unmittelbar **zugunsten** desjenigen in Betracht, gegen den die verbotene Eigenmacht verübt worden ist; sodann aber auch zugunsten seines Rechtsnachfolgers (§ 861 A 7). Andere können sie nicht geltend machen.

9. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes **wirkt** nicht nur **gegen** denjenigen, der sich selbst der verbotenen Eigenmacht schuldig gemacht hat, sondern, unter den hier vorgesehenen Voraussetzungen, **auch gegen seinen Besitznachfolger** (§ 861 A 7 a. E.). Beruht die Besitznachfolge auf Erbgang, § 857 (nicht also etwa auf einer Besitzübertragung durch den Erblasser), dann muß der Nachfolger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Erblassers schlechthin in gleicher Weise gegen sich gelten lassen, wie es der letztere selbst hätte tun müssen. War der Erblasser mittelbarer, der Erbe unmittelbarer Besitzer, so wird der Erbe nicht Besitznachfolger, der mittelbare Besitz erlischt. Ist die Besitznachfolge nur eine tatsächliche, dann greift der Grundsatz des § 858 Abs 2 lediglich unter der Bedingung Platz, daß der Nachfolger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Erwerbe seines Besitzes gekannt hat. In diesem Zeitpunkte müssen ihm mithin die gesamten Vorgänge bekannt gewesen sein, auf denen die Fehlerhaftigkeit des vormaligen Besitzerwerbs des Vorgängers beruht hatte (§ 858 Abs 1). Gefordert ist dabei wirkliche Kenntnis, so daß fahrlässige Unkenntnis (§ 122 Abs 2) nicht genügt. Da ferner Kenntnis „bei" der Erlangung des Besitzes vorausgesetzt wird, so schadet nachträgliche Kenntnisnahme nicht. Immer muß endlich die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des unmittelbaren Vorgängers in Frage stehen. Kann mithin der Kläger nicht behaupten, daß sich der unmittelbare Vorgänger des Beklagten der verbotenen Eigenmacht schuldig gemacht hat, kann vielmehr eine solche Handlungsweise erst einem früheren Besitzer zur Last gelegt werden, dann kann die Fehlerhaftigkeit seines Besitzerwerbs nur in dem Falle in Betracht kommen, daß sie auch in der Person des späteren unmittelbaren Besitzers noch fortgewirkt hat, weil dieser nämlich bei seinem Besitzerwerbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzerwerbs seines Vorgängers erkannt hatte; dementsprechend muß also der Kläger gegebenenfalls nachweisen, daß dem beklagten gegenwärtigen Besitzer bei dem Erwerbe auch alle die Umstände bekannt gewesen sind, die den Besitz seiner mehreren Vorgänger zu einem fehlerhaften gemacht hatten.

§ 859

Der Besitzer [1]) darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren [2]).

Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wiederabnehmen [3]).

Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wiederbemächtigen [4]) [5]).

Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer gegen denjenigen zu, welcher nach § 858 Abs 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß.

E I 815 Abs 1—3 II 781; M 3 112; P 3 38.

1. **Besitzschutz im Wege der Selbsthilfe.** In Frage kommt als Selbsthilfeberechtigter nur der unmittelbare Besitzer oder gemäß § 860 sein Besitzdiener. Dem mittelbaren Besitzer ist die entsprechende Befugnis nicht gewährt (§ 869); er vermag sich höchstens auf § 229 zu stützen. Im Falle der gesetzlichen Stellvertretung kann freilich der gesetzliche Stellvertreter vom Rechte aus § 859 vermöge seiner sonstigen gesetzlichen Befugnisse zum Schutze des Vertretenen auch dann Gebrauch machen, wenn nur der Vertretene den unmittelbaren Besitz hat (RG 64, 386, betreffs des väterlichen Gewalthabers). Vgl. auch § 863 A 2 a. E.

2. Das Recht auf Selbsthilfe enthält die **Befugnis, sich verbotener Eigenmacht** (§ 858) **mit Gewalt zu erwehren.** Das Recht ist an sich ein unbedingtes und ist insbesondere nicht an die Voraussetzungen der Notwehr (§ 227) oder des Selbsthilferechts im Sinne des § 229 gebunden. In welcher Weise sich die Abwehr vollziehen darf, richtet sich nach der Art des Angriffs. Wer trotz entgegenstehenden Verlangens des Besitzers im Hof von dessen Grundstück verweilt, kann mit Gewalt entfernt werden (RG 19. 3. 08 VI 258/07). Unter Umständen ist daher auch die Zuhilfenahme Dritter statthaft. Die Selbsthilfe darf indessen niemals weiter gehen als nötig ist, um den gegenwärtigen, sich als Eigenmacht darstellenden Angriff abzuwehren (RG JW 03 Beil 134; 1931, 2782 [2]; RGSt 34, 250). Sonst wird die Handlungsweise selbst zu einer widerrechtlichen. Zulässig ist gemäß § 127 StPO, dem Festgenommenen Überführungsstücke wegzunehmen, um sie der Polizeibehörde zu übergeben, oder um sie zu diesem Zwecke ohne Festnahme der Person zu beschlagnahmen (RG 64, 385ff.). Der Widerstand des Besitzstörers gegenüber der erlaubten Selbsthilfe ist eine widerrechtliche Handlung.

3. Ausnahmsweise enthält das Selbsthilferecht auch die **Befugnis zur Wiederherstellung des früheren Besitzstandes.** Einmal nämlich, wenn dem Besitzer eine **bewegliche Sache** durch verbotene Eigenmacht weggenommen worden ist. Alsdann kann sie der bisherige Besitzer dem Täter eigenmächtig wieder abnehmen. Er muß es jedoch in unmittelbarem Anschlusse an die Wegnahme tun, sei es, daß er den Täter auf frischer Tat, d. h. bei oder doch alsbald nach der Tat betroffen hat, sei es, daß er ihn im Wege der Nacheile erreicht. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, dann ist der bisherige Besitzer nur auf den Rechtsbehelf des § 861 gewiesen, und es würde die trotzdem bewirkte eigenmächtige Wiederabnahme sich selbst als verbotene Eigenmacht darstellen, falls nicht unter den besonderen Umständen ein Fall erlaubter Selbsthilfe gemäß § 229 vorläge.

4. Das Recht auf Wiederherstellung (A 3) ist auch für den Fall gegeben, daß Gegenstand des Besitzes ein **Grundstück** war. Es regelt sich dieser Fall nach den unter A 3 erörterten Grundsätzen. Das Recht, sich des Grundstücks wieder zu bemächtigen, besteht insbesondere auch hier nur dann, wenn sich die Maßregel in unmittelbarem Anschlusse an die Besitzentsetzung ausführen läßt.

5. In den durch § 859 Abs 2 u. 3 bestimmten Grenzen darf der Besitzer auch eine **Störung** seines Besitzes wieder beseitigen.

§ 860

Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt[1]).

E I 815 Abs 4 II 782; M 3 114; P 3 38, 40; 6 219.

1. **Selbsthilferecht des Besitzdieners.** Die Rechte aus den §§ 861, 862 stehen dem Besitzdiener (§ 855) überhaupt nicht zu, und von den Befugnissen aus § 859 darf er nur zum Schutze des Besitzes des Besitzherrn und natürlich niemals gegen diesen Gebrauch machen (§ 855 A 2). Andere Personen als der Besitzdiener sind zur Ausübung des Selbsthilferechts im Sinne des § 859 für den unmittelbaren Besitzer nicht befugt.

§ 861

Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt[1]).

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist[2]) [3]) [4]).

E I 819, 824 II 783; M 3 123, 131; P 3 43; 6 220.

1. **Besitzklage** wegen **Besitzentziehung.** Zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen wird nicht unterschieden. Aber eine „Sache" muß es sein. Da der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als solcher keine „Sache" ist, sind die Vorschriften über Besitzschutz auf ihn nicht anwendbar. Aber eine dem § 1004 nachgebildete Klage ist gegeben; ihr gegenüber kann indessen das Recht zum Vornehmen der störenden Handlung unbeschränkt geltend gemacht werden (RG Warn 1927 Nr 55). — Als **Besitzer** kommt in der Regel nur der unmittelbare Besitzer in Betracht, er hat aber auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber Anspruch auf Besitzschutz (RG Warn 1927 Nr 55). Der mittelbare Besitzer hat den Anspruch auf Wiedereinräumung nur dann, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Besitz gegen seinen eigenen Willen verloren hat (RG 68, 386; 105, 415). Vgl. § 869 A 3. Gleichgültig ist gegebenenfalls, ob der unmittelbare Besitzer die Sache für sich selbst oder, wie der gesetzliche Vertreter, für einen andern besaß (§ 854 A 5),

ebenso, ob als eigene oder als fremde, z. B. als Mieter oder Pächter (RG 59, 327). Was der Eigentümer, etwa nach § 906, dulden muß, haben aber auch Mieter und Pächter zu dulden (RG 105, 215). Unerheblich ist auch, ob der Besitzer ein Recht zum Besitze hatte oder nicht. Berechtigt zur Klage ist auch derjenige, der fehlerhaft besitzt, z. B. der Dieb (§ 854 A 3; § 858 A 1), allerdings mit der aus Abs 2 sich zugunsten des entsetzten Besitzers ergebenden Einschränkung. Auch der Besitzer kraft Erbgangs (§ 857) hat die Klage. — Hinsichtlich des Teilbesitzes vgl. § 865, hinsichtlich der Mitbesitzer § 866, hinsichtlich des mittelbaren Besitzes § 869. Der eigentliche Klagegrund ist die gegen den Kläger geübte verbotene Eigenmacht, während das etwaige Recht oder das bessere Recht zum Besitze hier keine Rolle spielt. Vgl. anderseits § 1007. Eine aus anderem Grunde als aus Eigenmacht hervorgegangene Fehlerhaftigkeit (insbesondere nur bittweise überlassener Besitz) genügt als Klagegrund nicht (RG 26. 1. 07 V 228/06).

Der **Anspruch** geht **auf Wiedereinräumung des Besitzes,** also des vormaligen tatsächlichen Zustandes (des früheren Gewaltverhältnisses). Er ist mithin nicht nur auf eine Duldung oder Gestattung, sondern auf ein Tun gerichtet. — Durch Verleihung der Besitzklage ist dem Besitzer, wiewohl der Besitz an sich nur ein tatsächliches Verhältnis darstellt, ein wirklicher Rechtsanspruch gewährt, und zwar auf den Besitzschutz. „Danach läßt sich die Ansicht rechtfertigen, daß das dem Besitzer (Mieter) eingeräumte Recht auf ungestörte Benutzung der Sache (Mietsache) zu den von jedermann zu achtenden absoluten Rechten gehört" (RG 59, 328; 13. 11. 23 VII 903/22).

Die Zuständigkeit als **Beklagter** (Passivlegitimation) wird durch seinen gegenwärtigen fehlerhaften Besitz begründet. Da dem Anspruche auf Wiederherstellung des Besitzes überhaupt nur derjenige Genüge leisten kann, welcher zur Zeit selbst die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, so folgt, daß die Besitzklage auch gegen den Täter, der die Besitzentsetzung verübt hat, nur dann gerichtet werden kann, wenn er zur Zeit der Klagerhebung noch Besitzer der Sache ist (RG Warn 1924 Nr 24). Andernfalls greift gegen ihn nur die Schadensersatzklage Platz. Desgleichen steht ein erst nach der Klagerhebung eintretender Besitzverlust des Täters (abgesehen vom Kostenpunkte) der weiteren Klagverfolgung entgegen (M 3, 2). Streitig; vgl. Planck A 2 c. Nur dann bliebe die weitere Verfolgung zulässig, wenn der Beklagte den Besitz zugunsten eines andern unter solchen Umständen aufgegeben hätte, daß zwischen ihm und dem andern das Verhältnis des mittelbaren Besitzes hergestellt worden wäre. Denn alsdann greift § 325 ZPO in Verbindung mit § 265 aaO. Platz, da auch bei einer Besitzklage „die Sache in Streit befangen war". Da ferner eine Klage nicht gegen jedweden gegenwärtigen Besitzer der entzogenen Sache gerichtet werden kann, sondern nur gegen denjenigen, dessen Besitz sich dem Kläger gegenüber als ein fehlerhafter im Sinne des § 858 erweist, so folgt, daß der Täter nur unter den Voraussetzungen des § 858 Abs 1 und sein Nachfolger nur unter den Voraussetzungen des § 858 Abs 2 aus § 861 verklagt werden kann. Gleichgültig ist aber, ob der beklagte Besitzer bei Inbesitznahme der Sache für sich oder für einen andern, ferner, ob er aus eigenem Antriebe oder im Auftrag eines andern gehandelt hatte. — Verklagt werden kann endlich auch der mittelbare Besitzer, jedoch nur dann, wenn auch bei ihm nach Abs 1 die Voraussetzungen des fehlerhaften Besitzes vorliegen. So insbesondere, wenn er den unmittelbaren Besitz fehlerhaft erworben und demnächst diesen Besitz auf Grund eines Verhältnisses der in § 868 geordneten Art auf einen andern übertragen hatte. Zur Wiederherstellung des früheren unmittelbaren Besitzes des Klägers ist der mittelbare Besitzer freilich nicht imstande, weil er selbst der tatsächlichen unmittelbaren Herrschaft entbehrt. Aber er kann wenigstens seinen mittelbaren Besitz auf den Kläger gemäß § 870 übertragen (nötigenfalls nach § 894 ZPO erreichbar), und im Rechte zum mehreren liegt auch das Recht zum minderen. (Über das prozessuale Recht des unmittelbaren Besitzers, den mittelbaren Besitzer zu benennen, vgl. § 76 ZPO). Der richtige Beklagte kann niemals ein bloßer Besitzdiener sein, da seine Tätigkeit nur dem Besitzherrn zugerechnet werden darf, und deshalb nur diesem der Besitz verschafft ist.

2. Die Fassung: der **Anspruch ist ausgeschlossen,** drückt aus, daß der in Abs 1 gedachte Anspruch des früheren Besitzers im gegebenen Falle überhaupt nicht besteht und daß sonach die etwaige Klage ohne weiteres der Abweisung unterliegt. Auch im Versäumnisverfahren ist sie daher abzuweisen, wenn sich der Ausschließungsgrund schon aus ihrem Vortrage ergibt. Dementsprechend kann aber auch einem Vorbringen des Beklagten, das die Voraussetzungen des Abs 2 geltend macht, nicht die Bedeutung eines Einwandes im eigentlichen Sinne beigelegt werden; sein Ziel ist rechtlich vielmehr nur das, den Richter mit dem Vorhandensein des Ausschließungsgrundes bekanntzumachen.

Der **Ausschließungsgrund** ist gegeben, wenn die folgenden Tatumstände sämtlich zusammentreffen: a) der dem Kläger entzogene Besitz war selbst fehlerhaft entstanden, und zwar dem gegenwärtigen Besitzer (dem Beklagten) selbst oder seinem Rechtsvorgänger gegenüber, b) der Kläger hatte seinen fehlerhaften Besitz im letzten Jahre vor seiner Entsetzung erlangt, gegen die er jetzt geschützt sein will. Die Sache muß in dieser Hinsicht mithin so liegen, daß der seines Besitzes entsetzte Kläger vor nicht länger als Jahresfrist, von seiner Entsetzung ab zurückgerechnet, dem Beklagten oder dessen Rechtsvorgänger den Besitz ohne deren Willen seinerseits entzogen hatte (§ 858 Abs 1). Die Frist ist eine Ausschlußfrist (§ 186 A 1). Ihr Lauf beginnt unbedingt mit

dem Zeitpunkte der Entsetzung des Klägers, und sie berechnet sich nach § 187. — Rechtsvorgänger des Beklagten ist im Sinne dieser Bestimmung nicht nur sein Erblasser (§ 857); vielmehr genügt, daß der Nachfolger in die Besitzstellung seines Vorgängers, wenn auch nicht auf Grund, so doch infolge einer sonstigen Rechtsnachfolge eingetreten ist (RG 40, 339; 53, 10; 56, 244). Beispielsweise ein Mieter hat infolge der Übertragung seines Vertragsrechts auf einen Dritten diesem auch seinen bisherigen Besitz eingeräumt (§ 221 A 1). Es kann daher nicht gebilligt werden, wenn einerseits angenommen wird, daß bloß die erbrechtliche Nachfolge in Betracht komme, oder wenn anderseits als genügend erachtet wird, daß der vormals vom jetzigen Kläger des Besitzes Entsetzte lediglich seinen dieserhalb gegen den Kläger entstandenen Wiedereinräumungsanspruch an den jetzt Beklagten rechtsgeschäftlich übertragen hat. — Gemäß § 858 Abs 2 muß der gegenwärtige Besitzer (der Beklagte) unter Umständen auch die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Besitz- (nicht Rechts-) Vorgängers gegen sich gelten lassen (§ 858 A 9). In den Grenzen dieser Bestimmung greift der Ausschließungsgrund des Abs 2 dem Anspruche des Klägers gegenüber auch dann Platz, wenn der Vorgänger des Klägers sich der Eigenmacht gegen den Beklagten schuldig gemacht hatte.

3. Prozessual folgt die Besitzklage den gewöhnlichen Regeln. Gemäß § 260 ZPO ist eine Verbindung mit der Rechtsklage (petitorischen) zulässig. Statthaft ist auch die Erhebung einer Widerklage, dies insbesondere im Rahmen des § 861 Abs 2, wenn der Beklagte feststellen lassen will, daß der Besitz des Klägers ihm gegenüber fehlerhaft im Sinne des Abs 2 gewesen war. Eine Widerklage dagegen auf Wiedereinräumung des durch den Kläger dem Beklagten entzogenen Besitzes (Staudinger A III 3 e) müßte an dem Umstande scheitern, daß der Kläger gegenwärtig des Besitzes selbst entbehrt (§ 861 A 3). Der Übergang aus der einen Besitzklage in die andere (§§ 861, 862) ist keine unzulässige Klageänderung. **Beweislast.** Der Kläger hat seinen früheren Besitz und die Entziehung durch verbotene Eigenmacht zu beweisen. Daß der ehemalige Besitz des Klägers bereits vor der dem Beklagten zur Last gelegten Entsetzung beendigt war, hat der Beklagte zu beweisen. Ihm liegt auch der Beweis im Falle des Abs 2 ob.

4. Anspruch auf Schadensersatz. Neben den Ansprüchen aus den §§ 861, 862 steht dem Besitzer, falls der Gegner widerrechtlich und schuldhaft gehandelt hat, auch ein Schaden entstanden ist — was nicht immer der Fall zu sein braucht —, auch der Anspruch auf Schadensersatz zu (RG 59, 326; 91, 65; Warn 1925 Nr 24; 13. 11. 23 VII 903/22). Der Besitz ist ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs 1 und der § 858 ist ein Schutzgesetz im Sinne des Abs 2 das. Der Gedanke, daß die §§ 861, 862 alle Ansprüche, die sich aus verbotener Eigenmacht ergeben könnten, erschöpfend geregelt hätten, wie das hinsichtlich der Ansprüche des Eigentümers wegen Verletzung des Eigentums nach den §§ 992ff. allerdings zutrifft, ist abzulehnen, schon wegen der für die Besitzklagen bestimmten kurzen Frist (§ 864) und weil die Schadensersatzklage statt auf Wiederherstellung des früheren Zustandes auch auf eine Geldleistung gerichtet sein kann (RG JW 06, 737[5]).

§ 862

Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen [1]). Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen [2]).

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist [3]).

E I 820, 824 II 784; M 3 125, 131; P 3 44; 6 220.

1. Die **Klage wegen Besitzstörung** ist der Klage wegen Besitzentziehung nachgebildet. Vgl. die Erläuterungen zu § 861. Besitzstörung § 858 A 6. Teilbesitz § 865. Wegen der Rechtsähnlichkeit von Eigentums- und Besitzstörungen sind hier auch die Bemerkungen zu § 1004 heranzuziehen. Wie sich aus § 869 ergibt, handelt es sich auch im § 862 nur um den unmittelbaren Besitzer (RG JW 1908, 274[9]; 1931, 2904[5]). Die Störung des unmittelbaren Besitzers im ruhigen Besitz kann auch darin liegen, daß ihm durch Verbote und Drohungen die Möglichkeit verkürzt wird, den unmittelbaren Besitz auf einen andern zu übertragen; ein Verhindern der Besitzerlangung kann allerdings keine Störung sein (RG ebenda). Störer ist auch derjenige, durch dessen maßgebenden Willen das störende Zustandsverhältnis geschaffen oder aufrechterhalten wird (RG 92, 25). Der Pächter einer mit einem Grundstück verbundenen Abdeckereigerechtigkeit wird in seinem Besitz gestört, wenn die Zwangs- und Bannverpflichteten die dem Bann unterliegenden Pferde einem Dritten verkaufen (RG 4. 3. 25 V 209/24).

2. Die **Klage auf Unterlassung weiterer Störungen** ist (wie im Falle des § 1004) nur dann gegeben, wenn die Umstände einen tatsächlichen Anhalt dafür bieten, daß sich die den Besitz störenden Ereignisse wiederholen können; eine bloß denkbare Möglichkeit der Wiederholung reicht nicht aus (RG 63, 379; JW 1913, 543[8] zu § 1004). Auf welche Weise der zur Unterlassung Verurteilte

seiner Verpflichtung genügen will, bleibt zu ermessen seine Sache. Ist dazu eine Tätigkeit erforderlich, bedarf es insbesondere zur Ermöglichung der Unterlassung (wie etwa bei Zuführungen im Sinne des § 906) der Vornahme gewisser Veranstaltungen, so muß der Verurteilte auch das leisten (RG 63, 379 u. 14. 9. 06 III 240/06). Durch Geld den Besitzer abzufinden, ist der Störer niemals berechtigt, da der Anspruch auf Unterlassung aus § 862 kein Anspruch auf Schadensersatz ist und § 251 Abs 2 mithin nicht Platz greift (RG 51, 411 zu § 1004). Fällt die Störung im Laufe des Prozesses fort, so hat sich die Klage in der Hauptsache erledigt, und es ist nur noch wegen der Kosten zu entscheiden (RG 60, 8). — In Ausdehnung des in den §§ 12, 862, 1004 enthaltenen Rechtsgedankens nimmt die Rechtsprechung des RG (60, 6; 61, 366; 95, 339; 109, 276; 116, 151) an, daß jeder objektiv rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Handelnden zur Klage auf Unterlassung berechtigt, wenn Wiederholungsgefahr besteht; die Klage kann auch dann erhoben werden, wenn an sich strafrechtlicher Schutz gegeben ist.

3. Ausschluß des Anspruchs unter den gleichen Voraussetzungen wie in § 861 Abs 2, A 2 das.

§ 863

Gegenüber den in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei [1] [2]).

E I 822, 785 II 848; M 3 129; P 3 44.

1. Einwendungen aus einem Rechte sind gegenüber einer Besitzklage auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes (§ 861) oder auf Beseitigung der Besitzstörung (§ 862) dem Beklagten nur in beschränktem Umfange, nämlich nur insoweit gestattet, als sie zur Widerlegung des Klagegrundes der Eigenmacht dienen (§ 861 A 1). Er kann sich daher auch nicht schlechthin auf die Behauptung stützen, daß er (wie der Eigentümer oder der Nießbraucher) ein materielles Recht auf den Besitz der Sache habe (RG 4. 3. 24 VII 412/23), oder daß er zur Vornahme der störenden Handlung kraft materiellen Rechts (etwa eines Dienstbarkeitsrechts) berechtigt sei. Es müßte vielmehr aus dem Einwande zugleich hervorgehen, daß die geltendgemachte Besitzentziehung oder Besitzstörung nicht „ohne den Willen" (§ 858) des Klägers erfolgt ist. Beispielsweise es hätte der Besitzer einem andern die Entnahme von Bodenbestandteilen gestattet. Im übrigen kann mit Erfolg nur entgegengesetzt werden, daß einer der Fälle vorliegt, in denen nach dem Gesetze selbst die Entziehung oder die Störung statthaft war (vgl. dazu § 858 A 7). Beachtlich wäre daher z. B. die Behauptung, daß der Besitzer die Vornahme der Handlung gestattet oder gewollt habe; unbeachtlich dagegen das Vorbringen: das Vertragsverhältnis, auf Grund dessen der Beklagte als Eigentümer der Sache dem Kläger daran den Besitz eingeräumt habe, sei zur Zeit der Entsetzung des Klägers bereits erloschen gewesen. Denn folgt aus dem Eigentum an sich auch das Recht auf den Besitz der Sache, so enthält das Recht doch nicht ohne weiteres die Befugnis zur Selbsthilfe (§ 858 A 1). Die letztere ist vielmehr nur unter den Voraussetzungen des § 229 gestattet. — Unzulässig, wenn auch unter anderm Gesichtspunkte, ist auch der Einwand, daß der Besitz des Klägers des gerechtfertigten Grundes entbehrt habe (RG SeuffA 81 Nr 188). Schon die Tatsache des Besitzes wird geschützt. — Ist der geltend gemachte Einwand zulässig, so kann auf Grund dieser Verteidigung zugleich eine Widerklage erhoben werden (§ 33 ZPO). Eine Behauptung dagegen, die schon als Einwand unzulässig ist, vermag einer Widerklage auch nicht prozessual als Stütze zu dienen (RG 23, 693; Gruch 42, 1187). Es beruht das auf § 33 ZPO, nicht auf dem inzwischen beseitigten Abs 2 des früheren § 232, jetzigen § 260 ZPO.

2. Einer Überspannung des Grundsatzes treten Gesetz und Rechtsprechung entgegen. Die Einwendungen aus dem Recht werden ausgeschlossen, damit über den Besitzanspruch rasch entschieden werden kann. Dieser Gesichtspunkt versagt, wenn das Recht nachträglich rechtskräftig festgestellt wird oder bereits rechtskräftig festgestellt war, als die verbotene Eigenmacht ausgeübt wurde (§ 864 Abs 2; RG 107, 258). Die enge Fassung des § 864 Abs. 2 erklärt sich aus seiner Entstehungsgeschichte. Die Rechte aus § 859 bleiben dem Besitzer auch in dem zweiten der erwähnten Fälle.

§ 864

Ein nach den §§ 861, 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht [1]), wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird [2]).

Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein

Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann [3]) [4]).

E I 823, 824, 786; M 3 130; P 3 44.

1. Die Ansprüche aus den §§ 861, 862 sind von vornherein zeitlich beschränkt. Die **einjährige Klagefrist** ist somit eine Ausschlußfrist (§ 186 A 1; RG JW 03 Beil 105[235]; RG 68, 389). Ihr Lauf beginnt, ohne Rücksicht darauf, wann der Kläger (oder sein Besitzvorgänger) von der verbotenen Eigenmacht des Beklagten (oder seines Besitzvorgängers, § 858 Abs 2 Satz 2) Kenntnis erlangt hat, mit dem Zeitpunkte, wo die Besitzentsetzung oder Besitzstörung verübt worden ist. Dies gilt auch dann, wenn der den Besitz beeinträchtigende Zustand fortwährt. Bei wiederholter Beeinträchtigung ist der Anspruch einer späteren Besitzstörung gegenüber nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Frist in früheren Fällen versäumt war.

2. Die **Erhebung der Leistungsklage** ist die allein zugelassene Unterbrechungsart. Eine Feststellungsklage oder der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung genügen nicht.

3. Weiterer Erlöschungsgrund ist die in einem anderen Rechtsstreite erfolgte **urteilsmäßige, rechtskräftige Feststellung,** daß der Täter die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes kraft eines ihm an der Sache zustehenden Rechts zu verlangen berechtigt ist. Voraussetzung ist dabei, daß das über die Rechtsfrage ergangene Urteil erst nach Verübung der dem Beklagten zur Last gelegten Eigenmacht rechtskräftig geworden ist. Dagegen kommt es darauf nicht an, ob der anderweite Prozeß auch erst nach dem zuvor bezeichneten Zeitpunkte anhängig geworden ist. Nach dem Gesetze ist allein der Zeitpunkt der Rechtskraft entscheidend (RG JW 01, 830), während die Erhebung der Rechtsklage an und für sich noch keinen Einfluß auf den Besitzprozeß hat. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils genügt nicht. Wegen eines bei der Verübung der Eigenmacht bereits rechtskräftigen Urteils über das Recht vgl. § 863 A 2. Eine einstweilige Verfügung steht einem rechtskräftigen Urteil nicht gleich; ihr Bestehen muß aber beachtet werden; nach ihrer Beseitigung kann gegebenenfalls neu geklagt werden (JW 1932, 3640[11]). Streitig ist, ob der Ausdruck „Recht an der Sache" hier nur in der engeren Bedeutung von dinglichem Rechte verstanden werden kann, so daß der Abs 2 ausgeschlossen bliebe, wenn das Urteil über ein vertragsmäßiges Recht zur Vornahme der Handlung ergangen wäre. Die Entstehungsgeschichte und der Rechtsgedanke des Gesetzes sprechen für die Zulässigkeit der zweckentsprechenden weiteren Auslegung (M 3, 130; Prot 3, 44, auch RG 107, 258 scheint auf diesem Standpunkte zu stehen). Der Einwand führt gegebenenfalls zur Abweisung der Klage auf Kosten des Klägers.

4. Der **Rechtsgedanke** des § 864 Abs 2 gab auch in folgendem Falle den Ausschlag (OLG Stuttgart in HRR 1934 Nr 389). A hatte dem B einen Kraftwagen unter Eigentumsvorbehalt verkauft; B zahlte nicht; A nahm ihm den Wagen weg, ließ dann aber auf Grund vollstreckbaren Titels über die Kaufpreisschuld den nach § 861 Abs 1 entstandenen Herausgabeanspruch des B für sich pfänden. B konnte die Herausgabe jetzt nicht mehr fordern, kam also um seinen Besitzschutz. Aber auch A durfte den Wagen nicht behalten, also nicht einfach Klageabweisung begehren; er mußte vielmehr nach § 847 ZPO Herausgabe an den Gerichtsvollzieher beantragen, damit der Wagen wie eine gepfändete Sache verwertet werde.

§ 865

Die Vorschriften der §§ 858 bis 864 gelten auch zugunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt [1]).

E I 816 II 787, 850; M 3 114; P 3 41.

1. **Teilbesitz** ist soweit möglich, als eine gesonderte räumliche Herrschaft an dem einen Teile einer Sache neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über die andern Teile denkbar ist (M 3, 114). Der § 93 steht nicht entgegen, weil der Besitz kein Recht ist. Ein Teilbesitz ist vornehmlich an Teilen unbeweglicher Sachen möglich. Die Voraussetzungen können aber auch bei beweglichen Sachen erfüllt sein (z. B. Besitz an einem selbständig verschließbaren Teil eines Schrankes). In Betracht kommen insbesondere die abgesonderten Räume eines Hauses und die Wände eines Bauwerks zur Anbringung von Firmenschildern (RG 63, 377), Anpreisungen usw. Bei Geschäftshäusern einer Großstadt (Berlin), in denen einzelne Stockwerke an verschiedene Geschäftsinhaber vermietet sind, umfaßt die Miete im Zweifel zugleich die Außenwand, soweit sie sich zu Reklamezwecken eignet, und zwar von der Unterkante der Fenster ab bis zur Unterkante der darüberliegenden Fenster des Stockwerks; der Besitz daran wird ergriffen, wenn nicht schon durch die Überlassung der Räume, dann durch die etwaige Anbringung von Reklamegegenständen; stört diesen Besitz der Mieter eines andern Stockwerks, dann ist dagegen die Selbsthilfe (§§ 858, 859), wie auch die Besitzklage zulässig (RG 80, 281). Der § 93 hindert auch nicht die Möglichkeit eines Teilbesitzes an wesentlichen Bestandteilen, so insbesondere an Bäumen auf dem Stamme.

Der Besitz daran erfordert die von der Verkehrsanschauung anerkannte tatsächliche Herrschaft über die Bäume selbst, die nur ausnahmsweise gegeben sein wird (RG 108, 272). Eine bloß symbolische Übergabe ist nach dem geltenden Gesetze nicht mehr möglich (RG 77, 207). Ist verabredet, daß der Käufer vor Bezahlung des Kaufpreises lediglich die Befugnis haben sollte, das Holz zu fällen und zuzubereiten, dann ist eine Besitz- wie Eigentumsübertragung vor der Bezahlung ausgeschlossen (RG 72, 310). Sind die verschiedenen Räume eines Gebäudes je an verschiedene Personen vermietet, so sind die einzelnen Mieter Teilbesitzer der ihnen überlassenen Räume, außerdem nach § 866 Mitbesitzer an den ihrer gemeinschaftlichen Benutzung überlassenen Teilen; dagegen ist der Eigentümer, weil ihm die dem einzelnen Mieter nicht überlassenen Räume zugängig bleiben, unmittelbarer Besitzer des ganzen Gebäudes (RG 64, 182). Gemäß § 865 genießt der Mieter den Besitzschutz auch dem Vermieter und seinen Mitmietern gegenüber, wobei dann § 906 entsprechend anwendbar ist (RG JW 1932, 2984[11]). Teilbesitz nach Bruchteilen ist ausgeschlossen (RG 13, 179).

§ 866

Besitzen mehrere eine Sache [2]) gemeinschaftlich [1]), so findet in ihrem Verhältnisse zueinander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt [3]).

E I 817 II 788; M 3 115; P 3 41.

1. **Mitbesitz,** dessen Möglichkeit das Gesetz ohne weiteres voraussetzt, liegt vor, wenn eine Mehrheit von Personen die tatsächliche Gewalt (§ 854) in der Weise hat, „daß ein jeder von ihnen die ganze Sache besitzt, in seinem Besitze jedoch durch den gleichen Besitz der übrigen beschränkt ist" (RG 13, 179). Dieser Zustand kann sich auf zweierlei Art äußern: entweder so, daß die Sache zwar jedem einzelnen Mitbesitzer unbehindert zugängig, die Herrschaft des einzelnen jedoch wegen der gleichen Lage der Mitbesitzer keine ausschließliche ist; oder in der Weise, daß die Sache keinem einzelnen Mitbesitzer allein, vielmehr jedem nur in Gemeinschaft mit den Mitbesitzern zugängig ist. Ein Fall der ersteren Art liegt beispielsweise vor bei mehreren Mietern in Ansehung der ihnen zur gemeinschaftlichen Benutzung überlassenen Räume (des Hausflurs, der Treppen; RG 64, 182). Um einen Fall der andern Art würde es sich handeln bei einem durch die mehreren Mitbesitzer vermöge verschiedenartiger Schlüssel ausgeübten Mitverschlusse. Unbedingtes Erfordernis ist im übrigen für jeden Mitbesitz, daß sich der Besitz jedes einzelnen Besitzers auf den ganzen mitbesessenen Gegenstand erstreckt. Daher steht auch jedem einzelnen Mitbesitzer das Besitzschutzrecht an der ganzen mitbesessenen Sache zu (RGSt 47, 314). Mitbesitz nach Bruchteilen gibt es nicht (RG 13, 179). Mitbenutzen ist nicht Mitbesitzen, wenn der alleinige Besitz des andern Mitbenutzers anerkannt wird und der eigene Besitzwille fehlt (RG 108, 123; 25. 3. 24 VII 506/23). Das gilt bei Ehegatten wie bei andern Personen. Erworben wird Mitbesitz entweder durch gemeinschaftliche Besitzergreifung (§ 854) oder dadurch, daß der bisherige Alleinbesitzer die tatsächliche Gewalt noch einem andern einräumt, z. B. durch Aushändigung eines zweiten gleichartigen Schlüssels (§ 854 A 3). Daß zwischen den Mitbesitzern ein bestimmtes Rechtsverhältnis besteht, ist kein begriffliches Erfordernis; ebensowenig, daß die Art des Besitzes die nämliche ist. Es können daher dem Mitbesitze Miteigentum oder Gesellschaft zugrunde liegen, anderseits kann aber auch Eigenbesitz und Pfandbesitz zusammentreffen. Im letzteren Falle setzt der Mitbesitz des Pfandhalters Mitverschluß mittels eines verschiedenartigen Schlüssels voraus (RG 25. 1. 07 II 238/06). Unanwendbar ist der § 866 im Verhältnisse zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer, da der erstere die tatsächliche Gewalt überhaupt nicht hat; wohl aber können mehrere Personen mittelbare Mitbesitzer sein, wenn ein Dritter den unmittelbaren Besitz für sie alle zusammen ausübt (RG 1. 3. 33 V 448/32 betr. Treuhänderschaft eines Notars für die Parteien des vor ihm abgeschlossenen Vertrages). Verloren geht Mitbesitz nach Maßgabe des § 856. — Der Benutzer eines **Schrankfachs** hat Alleinbesitz an den hineingelegten Sachen. Ebenso ist der Inhaber eines Privatlagers, das unter Zollverschluß steht, Alleinbesitzer (RG 112, 39). In Bankbedingungen, z. B. denen der früheren Danatbank, ist allerdings gelegentlich davon die Rede, daß die in die Schrankfächer eingelegten Wertpapiere im Mitbesitz der Bank stünden, vgl. RG 2. 5. 33 VII 34/33. Dabei ist der Schrankfachvertrag nicht Verwahrungs-, sondern Mietvertrag (RG 141, 99ff.). — Wegen des **Nebenbesitzes** vgl. A 2 Abs 2 zu § 868.

2. Auch an einem besitzfähigen Teile einer Sache kann Mitbesitz bestehen.

3. **Im Verhältnisse der Mitbesitzer untereinander** greifen die **Besitzschutzmittel** der §§ 858 bis 864 nur insoweit Platz, als sich der Streit nicht auf die Grenzen des dem einzelnen Mitbesitzer zustehenden Gebrauchs bezieht. Da nun ein Streit über die Grenzen des Gebrauchsrechts stets in Frage steht, wenn der eine Mitbesitzer dem andern den Mitgebrauch einschränkt, so folgt, daß die Mitbesitzer im Falle einer solchen Störung untereinander nur auf die Rechtsklage angewiesen sind. Aber es handelt sich nicht mehr um den Fall des Gesetzes, wenn der eine Mitbesitzer dem andern den Mitgebrauch gänzlich verwehrt; denn diesfalls ginge es über

einen Streit betreffs der Grenzen des Mitgebrauchs hinaus und müßte also auch dem betroffenen Mitbesitzer der regelmäßige Besitzschutz zustehen. — Die Stellung der einzelnen Mitbesitzer Dritten gegenüber regelt sich lediglich nach den §§ 858—864. Gegen einen von mehreren Mitbesitzern allein kann geklagt werden, wenn die andern mit der Herausgabe einverstanden sind (RG LZ 1924, 123) oder (bei Miterben) der Beklagte allein die tatsächliche Gewalt hat (RG Warn 1918 Nr 57). Der Mitbesitzer selbst kann immer nur, vom Dritten wie vom Mitbesitzer, Wiedereinräumung des Mitbesitzes, nicht des Alleinbesitzes fordern. Diesen kann er gegebenenfalls mit einer Klage aus dem entsprechenden Recht selbst verlangen (RG 8. 4. 24 VII 553/23).

§ 867

Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten [1]), sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist [2]). Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen [3]). Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist [4]).

E I 867 II 789, 852; M 3 296; P 3 164.

1. Es handelt sich hier um eine weitere Art des Besitzschutzes, um das sogenannte **Verfolgungsrecht des Besitzers.** Positive Voraussetzung ist, daß die Sache **aus der Gewalt des Besitzers** entkommt und auf ein Grundstück gelangt, das ein anderer besitzt. Und negative Voraussetzung ist (A 2), daß die Sache nicht bereits von einem andern, z. B. dem Grundstücksbesitzer, in Besitz genommen worden ist, vgl. § 854 A 3 über den sog. Besitzwillen. — Unter Umständen steht dem Sachbesitzer auch das Selbsthilferecht aus § 229 oder das Notstandsrecht aus § 904 zur Seite.

Daß der **Besitzer des Grundstücks** auch dessen Eigentümer sei, ist nicht gefordert. Die Bestimmung kann gelegentlich sogar dann anwendbar sein, wenn der Sachbesitzer selbst der Grundstückseigentümer ist (beispielsweise, wenn er es verpachtet hat). Auf welche Art die Sache dem Besitzer entkommt und auf das Grundstück gelangt, ist gleichgültig, nur darf das Ergebnis nicht durch den Sachbesitzer willkürlich herbeigeführt sein. In Betracht kommen kann als Gegner nur der unmittelbare Besitzer des Grundstücks. — Gelangt die Sache nicht auf ein Grundstück, sondern etwa auf ein Gefährt oder eine Marktbude, dann wird die entsprechende Anwendung der Bestimmung zulässig sein.

Den **Inhalt des Verfolgungsrechts** bildet der klagbare Anspruch gegen den Besitzer des Grundstücks, daß dieser die **Aufsuchung und Wegschaffung gestattet.** Dagegen ist dem Sachbesitzer die Befugnis, behufs Wiedererlangung der Sache auf dem Grundstücke ohne weiteres tätig zu werden, durch den § 867 (vgl. jedoch Abs 1 a. E.) nicht gewährt. Ein solches Verfahren des Sachbesitzers würde sich vielmehr als verbotene Eigenmacht darstellen (§ 858). Umgekehrt aber macht sich auch der Grundstücksbesitzer verantwortlich, wenn er die Genehmigung zur Aufsuchung der Sache usw. ohne Grund, also widerrechtlich versagt.

2. Ist inzwischen bereits von einem andern die **Sache in Besitz genommen worden,** so ist für das Verfolgungsrecht kein Raum mehr. Hat insbesondere der Grundstücksbesitzer den Besitz erworben, so ist auch ihm gegenüber schon der Tatbestand des § 861 (oder der §§ 985, 1007) erfüllt; das Gesetz will mit § 867 nicht einen Rechtsbehelf schaffen, der unter Umständen noch neben der Besitzklage aus § 861 gegeben wäre.

3. Der **Anspruch des Grundstücksbesitzers auf Schadensersatz** aus § 867 Satz 2 ist ein unbedingter. Sucht der Sachbesitzer die Sache auf dem Grundstücke auf und schafft er sie fort, ohne daß ihm das gestattet worden, so ist seine Handlungsweise widerrechtlich; es greift sonach im Falle der Beschädigung des Grundstücks der § 823 Platz. Handelt der Sachbesitzer nach erhaltener Erlaubnis, dann besteht seine Verpflichtung zum Schadensersatze, wiewohl eine Widerrechtlichkeit des Handelns nicht vorliegt, trotzdem, und zwar kraft Gesetzes, wie im Falle des § 904. Sonst können hinsichtlich der Schadensersatzpflicht noch in Betracht kommen die §§ 833, 834, 836—838. Über die Haftung des Grundstücksbesitzers, falls er die Gestattung ohne Recht verweigert, vgl. A 1 Abs 3.

4. Das Recht des Grundstücksbesitzers auf **Sicherheitsleistung** durch den Sachbesitzer gibt dem ersteren eine verzögerliche Einrede (§ 202 A 2). Sie ist aber nur dann berechtigt, wenn nach den obwaltenden Umständen anzunehmen, daß durch die vom Sachbesitzer behufs Wiedererlangung der Sache zu treffenden Veranstaltungen das Grundstück beschädigt werden wird. Die Einrede versagt überhaupt, wenn die Wiederbeschaffung der Sache ein sofortiges Handeln erfordert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Das Interesse des Sachbesitzers geht alsdann demjenigen des Grundstücksbesitzers einstweilen vor. Selbstverständlich büßt aber der

letztere seinen Anspruch auf Schadensersatz nicht ein. Verlangt der Grundstücksbesitzer grundlos Sicherheitsleistung und verweigert er bis dahin die Genehmigung zur Aufsuchung und Fortschaffung der Sache, so handelt er wiederum widerrechtlich und ist, wenn sein Verhalten auch schuldhaft, ersatzpflichtig (§§ 276, 823).

§ 868

[1]) Besitzt jemand [4]) eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse [3]), vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist [2]), so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz) [4]) [5]) [6]).

E II 790, 853; P 3 219.

1. Mittelbarer Besitz. Bei dem Rechtsgebilde des § 868 sind zwei Personen beteiligt: die eine „besitzt die Sache", die andere ist „auch Besitzer". Besitz im Sinne des § 854 hat nur die erstere Person, weil nur sie in einer unmittelbaren Beziehung zur Sache steht, während der andern Person eine Besitzstellung nur deswegen zugeschrieben wird, weil für sie wenigstens eine mittelbare Beziehung zu der Sache hergestellt wird. Sie beruht auf dem Besitz des unmittelbaren Besitzers, dem zwischen ihm und dem andern begründeten Verhältnis und dem Willen des unmittelbaren Besitzers, für den andern zu besitzen, also als Fremdbesitzer, nicht als Eigenbesitzer im Sinne des § 872 (**RG** 135, 78). Daher handelt es sich hier auch nur um den sog. „mittelbaren Besitz", bei dem der unmittelbare Besitzer als Besitzmittler dient. Ein Fall von Stellvertretung liegt dabei nicht vor, weil die Besitzhandlungen des unmittelbaren Besitzers unmittelbare Wirkungen nur für ihn selbst, dagegen nicht für den andern zeitigen (§ 854 A 5). Wohl aber kann das Rechtsgebilde des mittelbaren Besitzers in gewissem Maße als Ersatzmittel für die beim Besitze vom Gesetze nicht allgemein anerkannte Stellvertretung insofern gelten (§ 854 A 5), als es nach § 868 möglich ist, mit Hilfe der Tätigkeit eines andern eine Art von Besitzstellung zu gewinnen und festzuhalten. Die Stellung des mittelbaren Besitzers reicht im übrigen nicht nur als Grundlage für den Besitzschutz aus (§ 869); sie befähigt den mittelbaren Besitzer vielmehr auch zur Übertragung von Rechten an der Sache (§ 930), und in dieser Hinsicht kann die Begründung eines Verhältnisses der in § 868 vorausgesetzten Art auch als Ersatzmittel für die Übergabe dienen (§§ 931, 930, 1032, 1205 Abs 2). Die Schöpfung dieses Rechtsgebildes des mittelbaren Besitzes ist dadurch möglich geworden, daß das Gesetz zugunsten des mittelbaren Besitzers von dem Erfordernisse eines unmittelbaren Gewaltverhältnisses abgesehen und die Möglichkeit eines unmittelbaren Besitzes anderseits auch beim Fremdbesitze anerkannt hat. Vgl. A 4. — Die Ansicht, daß **der andere** keinen wirklichen Besitz habe, daß es sich vielmehr nur um ein Rechtsverhältnis handle, oder daß sich der bloß angenommene („fingierte") Besitz des mittelbaren Besitzers in dem Rechte auf die Herausgabe der Sache erschöpfe, kann nicht gebilligt werden. Allerdings besagt das Gesetz nicht, daß der andere ebenfalls die Sache besitzt, sondern allgemein nur, daß er „auch Besitzer" ist. Aber abgesehen davon, daß es den andern als Besitzer ausdrücklich bezeichnet, hat es ihm in den gegebenen Grenzen einerseits einen wirklichen Besitzschutz verliehen (§ 869), und anderseits kann der mittelbare Besitzer als solcher auch in Anspruch genommen werden (§ 76 ZPO). Daß der mittelbare Besitzer wirklicher Besitzer der Sache auch schon vor Ausübung des Herausgabeanspruchs ist, zeigt sich endlich daran, daß er im Falle der Beendigung des unmittelbaren Besitzes unter gewissen Voraussetzungen die Herstellung des unmittelbaren Besitzes für sich selbst fordern kann (§ 869 A 4), wie auch daran, daß er sich auch des Einwandes aus § 861 Abs 2 (der exceptio vitiosae possessionis) bedienen darf, vgl. § 869 A 3. Kurz gesagt: bis auf diejenigen Fälle, wo unbedingt ein unmittelbarer Besitz gefordert ist (§§ 854—856), gilt der nur mittelbare Besitzer ebenfalls als Besitzer, so daß Vorschriften, die schlechthin einen „Besitzer" voraussetzen, auch auf ihn Anwendung finden, so namentlich auch die des § 268 Abs 1, betreffend das Ablösungsrecht.

Der mittelbare Besitzer ist auch befähigt, Eigentum zu übertragen, und zwar nicht nur gemäß § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, sondern auch gemäß § 930, indem beispielsweise der Eigentümer seine vermietete Sache dem Mieter übereignet und sie alsdann von ihm für sich mietet (**RG** Warn 1920 Nr 163). — Der nur mittelbare Besitz eines Grundschuldbriefes genügt nicht schlechthin zur Begründung eines Pfandrechts an der Grundschuld; er kann vielmehr nur dann genügen, wenn der Pfandgläubiger in der Lage ist, die Herausgabe des Grundschuldbriefes von dem unmittelbaren Besitzer zu verlangen und dieser zur Herausgabe auch befugt ist (**RG** Warn 1921 Nr 97). Bei der Abtretung einer Hypothek kann die Übergabe des Briefes durch die Herstellung des mittelbaren Besitzes ersetzt werden (**RG** SeuffA 75 Nr 27).

2. Die notwendige erste Voraussetzung des mittelbaren Besitzes ist, daß der eine Beteiligte, der Besitzvermittler, selbst den unmittelbaren Besitz an der Sache (§ 90) hat. Denn gerade durch seinen Besitz soll die Beziehung „des andern" zu der Sache hergestellt werden. Diesen Erfolg macht sodann das Gesetz auch davon abhängig, daß **zwischen dem Besitzvermittler und dem andern ein Verhältnis besteht,** kraft dessen die erforderliche Vermittlung auch wirklich bewirkt und ge-

sichert wird. Das dazu nötige Verhältnis kann niemals derartig sein, daß der andere auch schon sogleich auf die Sache selbst tatsächlich einzuwirken vermöchte (wie im Falle der Besitzdienerschaft gemäß § 855 vorausgesetzt wird). Das wäre mit der Sachlage unvereinbar. Die Anforderung des Gesetzes geht vielmehr nur dahin, daß der andere die Sache von einem künftigen Zeitpunkte ab eben auf Grund des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisses an sich zu ziehen und auf diese Weise seine bisherige mittelbare Beziehung zur Sache zu einer unmittelbaren umzugestalten vermag (RG Warn 1912 Nr 421). Dieser Gedanke hat dahin Ausdruck gefunden, daß der unmittelbare Besitzer „dem andern" gegenüber **nur auf Zeit zum Besitze berechtigt** sein darf, **oder** daß er „dem andern" gegenüber zum Besitze auf Zeit **verpflichtet** ist. Dabei ist es jedoch auch nicht einmal wesentliche Voraussetzung, daß das Verhältnis zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem mittelbaren Besitzer allemal in der Art besteht, daß der mittelbare Besitzer die Sache von einem gewissen Zeitpunkte ab unbedingt an sich ziehen darf. Das Verhältnis kann vielmehr auch so gedacht sein, daß unter gewissen Bedingungen der mittelbare Besitzer jede Beziehung zur Sache gerade endgültig einbüßen, und anderseits der unmittelbare Besitzer, vom zuvor Genannten nunmehr völlig unabhängig, in seinem Besitze dauernd verbleiben soll. Mit andern Worten, es ist keine wesentliche Voraussetzung, daß der mittelbare Besitzer inhalts des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisses einen unbedingten Herausgabeanspruch hat (RG JW 1913 S. 432 u. 493; Gruch 57, 437). Denn hat er ihn auch nur bedingungsweise und ist anderseits auch gerade vorgesehen, daß der Herausgabeanspruch unter gewissen Umständen zugunsten des unmittelbaren Besitzers erledigt sein soll, so ist doch immer noch die gesetzliche Anforderung erfüllt, daß während des Bestehens des Verhältnisses der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren Besitzer nur auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. So ist es möglich, ein Verhältnis im Sinne des § 868 derart zu begründen, daß unter gewissen Umständen der unmittelbare Besitzer (beispielsweise der Pächter, der Pfandgläubiger) demnächst Eigentümer der Sache werden, oder daß anderseits der mittelbare Besitzer den Herausgabenanspruch nur für den Fall des Ausbleibens der gesetzten Bedingung behalten soll. Insbesondere ist ein Verhältnis des Inhalts denkbar, daß der mittelbare Besitzer von dem Herausgabeanspruche nur dann soll Gebrauch machen dürfen, wenn der unmittelbare Besitzer seine Verpflichtungen nicht erfüllt (Fall der käuflichen Übergabe unter Eigentumsvorbehalt und der Übereignung sicherheitshalber, RG 54, 397). Vgl. RG 69, 198; ferner Warn 1912 Nr 421; 1913 Nr 200 u. 201. Nur dann kann von mittelbarem Besitze niemals die Rede sein, wenn dem Gegner des unmittelbaren Besitzers ein Herausgabeanspruch unbedingt und endgültig versagt ist, weil dann jede Art Beziehung des Erstgenannten zur Sache ausgeschlossen wäre (RG 26. 2. 24 III 299/23). Da der Besitz eine Tatsache ist und auch der mittelbare Besitz vom Gesetz als etwas Tatsächliches behandelt wird, kann es ein bedingtes Besitzverhältnis nicht geben, wie in der vorigen Auflage noch angenommen wurde. In der dafür angezogenen Entscheidung (RG JW 1907, 747 [18]), die selbst von bedingtem Besitz nicht spricht, handelte es sich um die Übereignung einer Sache durch Besitzkonstitut, welche sich weder im Eigentum noch im Besitz des Veräußerers befand. Hier entstand der mittelbare Besitz des Erwerbers frühestens in dem Augenblick, in welchem der Veräußerer den unmittelbaren Besitz der Sache erwarb. Vorher hatte er keinen Besitz, auch keinen bedingten. — Daß das von beiden Beteiligten beabsichtigte Rechtsverhältnis als solches rechtsbeständig zur Entstehung gelangt, ist ebenfalls kein Erfordernis. Es darf nur nicht Nichtigkeit des Vertrags (wegen Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten) vorliegen, und es darf auch nicht bei Abschluß etwa des Besitzkonstituts durch einen Vertreter diesem die Vertretungsbefugnis gefehlt haben (RG 98, 133; 86, 262, 265). Denn bleibt der vorausgesetzte Erfolg aus rechtlichen Gründen auch aus, so genügt doch, daß die Parteien ein Verhältnis, wie es das Gesetz in § 868 verlangt, wenigstens haben begründen wollen, und auf das Vorhandensein des rechtsgeschäftlichen Willens der Beteiligten kommt es allein an (RG 98, 135). So ist mittelbarer Besitz anerkannt worden bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, obwohl das Kaufgeschäft unwirksam war (RG 22. 9. 22 VII 375/22). In RG 105, 414 wird der aufgestellte Grundsatz nicht geleugnet, die Bedeutung dieser Entscheidung liegt auf anderem Gebiet, vgl. A 3. RG 133, 285 hat die Frage nicht entschieden. — Ob endlich der Besitzvermittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber berechtigt oder aber verpflichtet ist, richtet sich nach dem Inhalte des zwischen ihnen bestehenden Verhältnisses. Verpflichtet zum Besitze ist er bei den Auftragsverhältnissen in den verschiedenen Rechtsformen, berechtigt zum Besitze ist er beispielsweise bei der Miete oder beim Faustpfande. Das Nähere über die einzelnen in Betracht kommenden Verhältnisse unter A 3.

An dem dritten Erfordernis des mittelbaren Besitzes, dem Willen des unmittelbaren Besitzers, für den mittelbaren zu besitzen, vgl. oben A 1, scheitert auch die Möglichkeit des sogenannten **Nebenbesitzes.** Es soll das weder Mitbesitz im Sinne des § 866 sein, wobei mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, noch auch weiterer mittelbarer Besitz im Sinne des § 871, wobei die mehreren mittelbaren Besitzer auf verschiedenen Stufen derselben Besitzleiter stehen; es sollen die Nebenbesitzer vielmehr mittelbare Besitzer sein, welche gleichstufig auf verschiedenen Besitzleitern stehen, vgl. M. Wolff, Sachenrecht (9.) § 8 II letzter Absatz. Das verdeutlichende

Beispiel geht dahin: C läßt sich die von A bei ihm in Verwahrung gegebene Sache von B verpfänden, und zwar ohne Vorwissen des A, wie zu ergänzen ist; C soll dann gleichzeitig als Verwahrer des A und als Pfandgläubiger des B besitzen. Indessen zu dem Willen, eine Sache für einen andern zu besitzen, gehört auch die Bereitschaft und der Wille, die Sache dem andern herauszugeben, wenn er das auf Grund des bestehenden Rechtsverhältnisses verlangt und verlangen darf. Niemand besitzt als „Pfandgläubiger", der nicht bereit wäre, nach dem Erlöschen des Pfandrechts die Sache dem Verpfänder herauszugeben, § 1223 Abs 1, niemand als „Verwahrer", der nicht bereit wäre, die Sache jederzeit zurückzugeben, § 695. Wenn in dem Beispiel A und B eines Tages gleichzeitig die Herausgabe verlangen, B gegen Zahlung des geschuldeten Geldes, so kann C die Sache unmöglich an beide, und zwar an jeden gesondert und für sich allein, herausgeben. Deshalb kann C auch während Schwebens des Verwahrungs- und Verpfändungsverhältnisses diesen Willen nicht haben. Es mögen zwei Verhältnisse im Sinne des § 868 begründet sein und bestehen, besitzen kann der unmittelbare Besitzer aber immer nur für *einen* seiner beiden, sich gegenseitig ausschließenden, Vertragsgegner. Es läßt sich auch nicht sagen, daß C für A *oder* B besäße, denn das wäre alternativer, also bedingter Besitz, und einen solchen kann es nicht geben, vgl. oben Abs 1. — Nicht Neben-, sondern mittelbaren Mitbesitz haben zwei Personen an einer *hinterlegten Sache*, um deren Eigentum sie streiten, wenn bei der Hinterlegung auf das Recht der Rücknahme verzichtet ist. Die Hinterlegungsstelle verwahrt die Sache dann für beide. Zwar kann nur einer sie wirklich bekommen, aber die beiden Streitenden schließen sich nicht in dem oben erläuterten Sinne gegenseitig aus, denn beide sind notwendigerweise damit einverstanden, daß derjenige sie bekommt, der sein Eigentum nachweist; a. M. RG 135, 275, wo in einem ähnlichen Falle alternativer Besitz angenommen wird. — Vgl. wegen des Nebenbesitzes weiter A 6 Abs 3.

3. Die hier **aufgeführten Vertragsformen** sollen nur als vorbildliche Beispiele dienen. Bei ihnen allen trifft zu, daß der mittelbare Besitzer von gewissem Zeitpunkte ab die Herausgabe der Sache für sich zu fordern berechtigt ist, und daß dieser Anspruch auf einem bestimmten Rechtsgrunde fußt. Als **ähnliches Verhältnis** kommt daher jedes Verhältnis in Betracht, bei dem diese Voraussetzungen erfüllt sind (RG 132, 186), u. U. auch ein öffentlich-rechtliches Sicherungsverhältnis (RG 143, 319). Es braucht sich dabei auch nicht um einen benannten Vertrag zu handeln (RG JW 1910, 706[7]; 1915, 658; Gruch 53, 1047; 57, 435). Dagegen kann niemals ein Verhältnis genügen, bei dem das Versprechen, die Sache herauszugeben, ohne Beziehung auf einen bestimmten Verpflichtungsgrund abgegeben, die Verpflichtung vielmehr selbständig (**abstrakt** nach § 780) begründet worden ist (RG 49, 173; 54, 396; JW 1913, 492; RG Warn 1925 Nr 166). Aber **stillschweigend** kann das Rechtsverhältnis begründet werden; es müssen nur die besonderen Umstände vorliegen, aus denen sich der entsprechende Wille beider Teile entnehmen läßt (RG 21. 3. 19 VII 22/19). Ob es sich um ein Schuldverhältnis oder ein dingliches Rechtsverhältnis handelt, ob es rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes entstand, ist gleichgültig (RG 59, 201). Ein der *Verwahrung ähnliches Verhältnis* ist angenommen worden RG Warn 1929 Nr 150. Als ähnliche *Verhältnisse* müssen weiter namentlich gelten alle Formen von Auftragsverhältnissen (insbesondere der *Kommissionsauftrag*, das *Treuhandverhältnis* (RG 1. 3. 33 VII 448/32), der Verwaltungsauftrag), weiter der *Frachtvertrag*, die Leihe (RG 57, 178), der Speditionsvertrag, wobei dann der Unterspediteur wieder dem Hauptspediteur den Besitz vermitteln kann (RG 118, 250), der *Verkauf unter Eigentumsvorbehalt* (RG 59, 298; 54, 396; 69, 197; s. auch § 455 A 6), während eine erst nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts nicht genügt (RG 49, 170; 54, 396; JW 1913, 492; SeuffA 67 Nr 187); die *Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung* (RG Warn 1916 Nr 83; hier hatte der Weinhändler den dem Kunden verkauften Wein ausgeschieden, auch bezeichnet und dem Kunden erklärt, daß der Wein bis zum Eintritte besserer Witterung bei ihm lagern könne; es war also der *Geschäftsherr* mittelbarer und der *Geschäftsbesorger* unmittelbarer Besitzer geworden; der umgekehrte Fall ist nicht denkbar, man kann nicht sagen, daß der *Geschäftsherr* dem *Geschäftsbesorger* gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet wäre; wird etwas derartiges verabredet, so ist ein Verhältnis nach § 868 nicht zustande gekommen, JW 1929, 1893[6]); bei der Sicherheitsübereignung kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an (RG Warn 1913 Nr 200; JW 1911, 762; 1912, 144). Zu nennen sind weiter: *Erbpacht* und Erbbaurecht; aus dem Gebiete des *Familienrechts* das Verhältnis zwischen Ehegatten beim gesetzlichen Güterrechte (auch zwischen erst zukünftigen Eheleuten, RG JW 06, 161[5]); bei dem gesetzlichen Güterstande sowohl als auch bei der Gütergemeinschaft hat die Ehefrau den mittelbaren Besitz (RG 105, 21; 108, 124; str.); desgleichen das Verhältnis zwischen dem elterlichen Gewalthaber und dem Kinde in Ansehung des Kindesvermögens, wie das zwischen Vormund und Mündel; aus dem Gebiete des Erbrechts das Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker oder Nachlaßverwalter und dem Erben; *aus dem Gebiete des Prozeßrechts* das zwischen Konkursverwalter und Gemeinschuldner, wie das zwischen Zwangsverwalter und Eigentümer, dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher. In allen diesen Verhältnissen ist die Annahme einer Besitzdienerschaft ausgeschlossen, weil es an der Voraussetzung der Unterordnung im Sinne des § 855 fehlt. Durch die Besitzergreifung der gepfändeten Sache (§ 808 ZPO) wird der Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer, der Schuld-

ner verliert damit jeden Besitz. Beläßt der Gerichtsvollzieher die Pfandsache im Gewahrsam des Schuldners, so muß man sich, um mit dem Gesetz in Einklang zu bleiben, den Hergang derart vorstellen, daß der Gerichtsvollzieher die Sache zunächst in Besitz genommen (§ 808 Abs 1), demnächst aber den unmittelbaren Besitz dem Schuldner auf Zeit eingeräumt hat (RG 94, 341) und selbst so mittelbarer Besitzer geworden ist (RG 102, 78; 105, 415; 118, 277; JW 1919, 448[6]). Durch die Versteigerung und den Zuschlag allein wird der Ersteher noch nicht Besitzer der Sache; es muß noch die Übergabe, sei es die körperliche, sei es mittels des Besitzkonstituts, dazu kommen (RG Warn 1917 Nr 55). An den von dem Bauunternehmer auf ein Grundstück zum Zwecke dortiger Bauausführungen geschafften Baustoffen hat der Eigentümer unmittelbaren und er selbst mittelbaren Besitz (RG 104, 93). Die Kuxscheine sind nicht Inhaberpapiere, auch nicht Träger des Rechts, vielmehr in erster Linie Beweisurkunden, daneben aber als Wertpapiere für börsenmäßige Geschäfte durch § 1 DepG. anerkannt. Wenn der Bankier dem Kunden das sogenannte Nummernverzeichnis übersendet, so geht dadurch zwar das Eigentum an den Kuxen nicht über, § 105 Pr. Allg. BergG., es kann dadurch aber mittelbarer Besitz an den Kuxscheinen begründet werden (Verwahrungsverhältnis), RG 121, 49.

Kein Rechtsverhältnis nach § 868 wird begründet, wenn die Staatsanwaltschaft eine gestohlene Sache beschlagnahmt; sie vermittelt nicht den Besitz für den Bestohlenen (RG Warn 1925 Nr. 25). Ebenso ist § 868 nicht anwendbar auf das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer vor der Übergabe (RG 105, 23), ferner auf das zwischen dem Eigentümer einer verlorenen Sache und dem Finder, auch wenn der Finder den Eigentümer kennt und der Eigentümer von dem Besitz des Finders weiß (RG JRdsch 1927 Nr 1114). Der Finder ist dem Eigentümer (Verlierer) gegenüber zum Besitze auf Zeit weder verpflichtet noch berechtigt (§ 967). Soweit er die Herausgabe wegen Aufwendungen verweigert, übt er nur ein Zurückbehaltungsrecht aus (§§ 970, 971). Ebensowenig entspricht dem § 868 das Verhältnis zwischen dem Eigentümer eines gesunkenen Schiffs und dem, der es geborgen hat, auch wenn er bereit ist, das Schiff gegen Ersatz der Bergungskosten herauszugeben; es muß erst ein Einverständnis der Beteiligten hierüber erreicht werden (RG 4. 2. 27 III 104/26). Ein ähnliches Verhältnis liegt auch nicht vor bei dem Verhältnisse zwischen der juristischen Person und ihrem Organe, da dessen Handlungen als Handlungen der juristischen Person selbst gelten; diese ist also selbst und nur allein der Besitzer (vgl. § 854 A 5); endlich braucht ein ähnliches Verhältnis auch nicht zu entstehen auf Grund des Erwerbs einer Sache durch den auftraglosen Geschäftsführer, es kann das aber der Fall sein, z. B. wenn dabei der mittelbare Besitz kraft Gesetzes entsteht und es auch nicht an dem Willen fehlt, für den andern zu besitzen (RG 98, 134). Noch weiter geht RG HRR 1928 Nr. 1805; weil der Geschäftsbesorger das Erlangte herausgeben müsse, sei er auch verpflichtet, es bis zur Herausgabe zu besitzen. Betreffs des Erwerbs durch einen ermächtigten Stellvertreter s. unten A 5 unter c.

4. Daß **der unmittelbare Besitzer** Eigenbesitz hat, ist nicht Erfordernis, weil das Recht oder die Verpflichtung zum einstweiligen Besitze dem andern (mittelbaren Besitzer) gegenüber auch durch einen Fremdbesitzer begründet oder übernommen werden kann. Das ergibt sich schon aus den Erörterungen über den Nebenbesitz oben in A 2 Abs 2, vgl. auch RG 135, 78. Ebensowenig ist erforderlich, daß der **mittelbare Besitzer** Eigenbesitzer ist (§ 871).

5. Der **Erwerb des mittelbaren Besitzes** kann sich auf zweierlei Art vollziehen: erstens durch selbständige Begründung und zweitens im Wege der Übertragung dadurch, daß jemand seinen bereits vorhandenen mittelbaren Besitz auf einen andern rechtsgeschäftlich überträgt, vgl. § 870 und A 1 dazu. Die selbständige Begründung mittelbaren Besitzes ist unter drei Voraussetzungen denkbar: a) Es räumt der unmittelbare Besitzer einer Sache einem andern den mittelbaren Besitz in der Weise ein, daß er mit ihm ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 begründet. Rechtlich möglich ist dabei, daß der unmittelbare Besitzer das Rechtsverhältnis gemäß § 181 im Wege des Verhandelns mit sich selbst herstellt (vgl. RG 86, 264). Mit der Entstehung des Rechtsverhältnisses hat der andere den mittelbaren Besitz ohne weiteres erworben. b) Der bisherige unmittelbare Besitzer macht sich selbst zu einem nur mittelbaren, indem er den unmittelbaren Besitz auf einen andern überträgt und mit diesem dabei zugleich ein Rechtsverhältnis der erforderlichen Art begründet. Das kann unter den Voraussetzungen des § 181 auch im Wege des Verhandelns mit sich selbst geschehen, doch muß der Wille, ein solches Rechtsverhältnis zu begründen, nach außen in die Erscheinung treten (RG 139, 117). Entsteht ein Rechtsverhältnis dieser Art kraft Gesetzes, wie durch Bestellung einer Vormundschaft oder eines Konkursverwalters (A 3), dann wird der Vertretene oder der Gemeinschuldner, der bisher unmittelbaren Besitz hatte, zum mittelbaren Besitzer schon dadurch, daß der Vertreter oder der Konkursverwalter die Sache einseitig in seinen unmittelbaren Besitz nimmt. c) Hatte bisher keiner der Beteiligten irgendeinen Besitz an der Sache, soll vielmehr Besitz für den demnächstigen mittelbaren Besitzer erst durch die Tätigkeit des demnächstigen unmittelbaren Besitzers erworben werden, handelt es sich mithin um einen Fall des Besitzerwerbs durch einen Beauftragten (A 1), dann ist für die Frage, wie und in welchem Zeitpunkte der Auftraggeber den mittelbaren Besitz erlangt, das Verhalten des Beauftragten bei Vornahme des Besitzerwerbs entscheidend. Handelt der Vermittler sogleich beim

Besitzerwerbe namens des Auftraggebers und gibt er schon in diesem Augenblicke zu erkennen (RG JW 1913, 492), daß er die Sache auf Grund des Auftrags für den andern in Besitz nehmen und besitzen will, dann erhält der Auftraggeber den mittelbaren Besitz ohne weiteres in dem Zeitpunkte, in dem der Beauftragte den unmittelbaren Besitz erwirbt. Hat dagegen der Beauftragte beim Erwerbe dieses Besitzes in eigenem Namen gehandelt, dann kann der Auftraggeber erst dann und erst dadurch zum mittelbaren Besitzer werden, daß der Vermittler nachträglich durch eine weitere Handlung zu erkennen gibt, er wolle (oben Fall a) fortan den Besitz für den Auftraggeber auf Grund des bestehenden Auftragsverhältnisses ausüben. Diesen Erfolg kann im übrigen der Vermittler gemäß § 181 auch hier durch ein Verhandeln mit sich selbst herbeiführen. Beispielsweise ein Einkaufskommissionär legt die für den Auftraggeber angeschafften Wertpapiere demnächst in eine mit dem Namen des Auftraggebers bezeichnete Mappe. Darin kann die Einigung über den Eigentumsübergang und der Abschluß eines Verwahrungsvertrages gefunden werden (RG 52, 132). Notwendig ist das aber nicht; es kann auch ein rein innerer Vorgang bei der Bank sein, welcher vielleicht die künftige Erledigung des Auftrages erst vorbereiten soll (RG JW 1930, 2657; die hier entscheidenden Sätze sind RG 125, 417 nicht mitabgedruckt). Es bleibt eben Tatfrage, was die Bank wohl gewollt haben mag. Dies Ergebnis wird auch nicht in Frage gestellt durch die Bedenken, welche gegen RG JW 1930, 2657 in der Anm. und von Opitz in der Festschrift für Pinner, Teil II S. 341 ff erhoben worden sind. Der Verein für Depotprüfung ist bemüht, hier sichere Unterlagen für die Entscheidung der Tatfrage zu schaffen. Nach seinen Richtlinien soll die Bänderung als Besitzkonstitut gelten, falls nicht der gegenteilige Wille durch Vermerk auf dem Streifband ausgedrückt wird. Wird allgemein entsprechend verfahren, so ist in der Tat ein guter Anhalt für die Entscheidung gegeben. Vgl. auch § 930 A 5 Abs 1. — Ein äußerlich nicht in die Erscheinung getretener, bloß innerlicher Wille des Beauftragten, den Auftraggeber zum mittelbaren Besitzer zu machen, kann die beabsichtigte Wirkung niemals erzielen (RG 63, 405; 73, 418; 86, 264).

6. **Beendigt wird der mittelbare Besitz** dadurch, daß eine der ihn tragenden Grundlagen fortfällt, vgl. oben A 1 Abs 1: zunächst also dadurch, daß der unmittelbare Besitz des Besitzmittlers aufhört, mag das ohne seinen Willen eintreten oder durch Aufgabe des Besitzes (§ 856). Erforderlich ist dabei aber weiter, daß gleichzeitig die bisherige Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache beseitigt wird. Das trifft stets dann zu, wenn der unmittelbare Besitzer die Sache unberechtigt veräußert oder verbraucht. Es trifft aber nicht zu, wenn sich der Mittler bei Aufgabe des unmittelbaren Besitzes selbst einen mittelbaren Besitz verschafft, z. B. wenn der Nießbraucher die Sache einem Dritten in Pacht gibt. Dann greift § 871 ein und der mittelbare Besitzer behält seinen Besitzstand. — Durch eine Änderung der rein persönlichen Verhältnisse des unmittelbaren Besitzers, etwa dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder auch durch seinen Tod wird der mittelbare Besitz nicht berührt. — Endet der bisherige unmittelbare Besitz, ohne daß ein Dritter einen solchen erlangt hätte, so kann das ohne weiteres zum Erwerb des unmittelbaren Besitzes für den bisherigen mittelbaren Besitzer führen, z. B. für den Vermieter bei Aufgabe des Mietbesitzes durch den Mieter. — Ist bei Beendigung des unmittelbaren Besitzes ein mittelbarer und ein weiterer mittelbarer Besitzer vorhanden, so ist die Sache an den ersten mittelbaren Besitzer herauszugeben, es sei denn, daß er zugunsten des weiteren auf seinen Besitz verzichtet hätte (RG 1. 7. 21 VII 543/20).

Beendigt wird der mittelbare Besitz zweitens dadurch, daß das Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 erlischt und der darauf beruhende Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers sich erledigt. Solange er bei unmittelbarem Besitz des andern noch fortbesteht, besteht im Zweifel auch noch die Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache selbst. Endet ein Mietvertrag, behält aber der Mieter die Sache noch im Besitz und liegt nichts weiteres vor, so behält der Vermieter auch noch den mittelbaren Besitz. Erledigt wird der Herausgabenspruch aber, wenn der mittelbare Besitzer bei Beendigung des Rechtsverhältnisses die Sache dem unmittelbaren Besitzer nach § 929 S. 2 zu Eigentum überträgt. Kein Ende des mittelbaren Besitzes, nur ein Wechsel in der Person des mittelbaren Besitzers tritt ein, wenn der mittelbare Besitz gemäß § 870 auf einen Dritten übertragen wird.

Der mittelbare Besitz endet drittens, wenn der unmittelbare Besitzer aufhört, für den mittelbaren Besitzer zu besitzen, wenn er fortan vielmehr für sich als Eigenbesitzer oder als Fremdbesitzer für einen Dritten besitzen will. Dazu ist indes eine bestimmte, äußerlich feststellbare Handlung erforderlich, da der Besitzmittler den Besitzstand des anderen nicht schon durch einen bloßen inneren Willensentschluß zu beseitigen vermag. Wenn etwa in dem Beispiel des Abs 2 der Mieter dem Vermieter kundgetan hätte, daß er einen Herausgabeanspruch von ihm überhaupt nicht mehr anerkenne, die Sache vielmehr fortan für sich oder einen Dritten als den angeblichen Rechtsnachfolger des Vermieters behalten wolle, so würde das unbedenklich ausreichen. Eine Äußerung gegenüber dem mittelbaren Besitzer ist aber nicht unbedingt notwendig. Der innere Willensentschluß tritt auch dann schon erkennbar in die Erscheinung, wenn der unmittelbare Besitzer es z. B. duldet, daß der Gerichtsvollzieher die Sache für einen Dritten pfändet und in Besitz nimmt, und er sie sodann seinerseits für den Gerichtsvollzieher verwahrt (RG 105,

415). Ebenso liegt die Sache, wenn der unmittelbare Besitzer in anderen Fällen mit einem Dritten ein Verhältnis nach § 868 begründet und fortan für diesen besitzt. Auch hierbei ist zu beachten, daß es, wie stets im Rechtsleben, nicht auf den inneren, sondern auf den erklärten Willen ankommt. Wenn in dem in A 2 Abs 2 erörterten Beispiel B dem C erklärt, er wolle die Sache fortan als Pfandgläubiger des C besitzen — und das muß nach dem dort Ausgeführten bedeuten: nur als Pfandgläubiger des C —, so bindet ihn diese Erklärung, mag er sich auch insgeheim vorbehalten, weiter für A als Hinterleger zu besitzen. Das gilt dann auch im Verhältnis zu A. Ist B einmal Besitzmittler des C geworden, so wirkt das — im Gebiete des Sachenrechts — auch für und gegen jeden Dritten. Ein gleichzeitiges Besitzen des B für A und C, also **Nebenbesitz** der beiden mittelbaren Besitzer ist unmöglich, vgl. oben A 2 Abs 2. Deshalb endet der mittelbare Besitz des A, sobald C mittelbarer Besitzer geworden ist, wie das vom **RG** (119, 153f.; 135, 77ff.; 138, 265; JW. 1932, 3763[4]; 1926, 800[9]; 15. 6. 34 VII 28/34) in ähnlichen Fällen angenommen ist, wenn der Besitz für den späteren mittelbaren Besitzer den gleichzeitigen Besitz für den früheren ausschloß. Auch **RG** 105, 415 gehört hierher. Nachdem der mittelbare Besitzer die Pfändung der Sache und ihre Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher geduldet hatte, wurde sie ihm vom Gerichtsvollzieher zur Aufbewahrung anvertraut. Fortan besaß er nur noch für den Gerichtsvollzieher, nicht mehr, auch nicht daneben, für den früheren mittelbaren Besitzer. M. Wolff, Sachenrecht (9.) § 15 II 2 ist a. M. Er bildet folgendes Beispiel: Der Kommissionär, der die ihm von A zum Verkauf übergebenen Waren dem B gegenüber als sein Eigentum ausgibt und sich dem B gegenüber verpflichtet, sie fortan als dessen Kommissionär zu verkaufen, hält dies vor A geheim und „geriert" sich ihm gegenüber weiter als dessen Kommissionär, zeigt ihm bei Besichtigungen die Waren, sendet ihm Abrechnungen usw. A und B sollen in solchem Falle mittelbare Nebenbesitzer sein. Dieses Nebeneinander kann es nicht geben, der angenommene Fall läuft auch nicht auf ein Nebeneinander, sondern auf ein Nacheinander hinaus. Erst hat der Kommissionär den mittelbaren Besitz des B begründet und damit — trotz etwaigem geheimen Vorbehalt — den mittelbaren Besitz des A zerstört. Wenn er dann später dem A gegenüber Handlungen vornimmt, welche als ein Wiederherstellen des mittelbaren Besitzes von A gedeutet werden müssen, so wird damit der mittelbare Besitz des B wiederum zerstört. Dieses Herüber und Hinüber kann sich beliebig oft wiederholen; immer aber bleibt es ein Nacheinander, kein Nebeneinander.

Für das etwaige Eigentum des mittelbaren Besitzers sind die Änderungen in den Besitzverhältnissen an sich ohne Bedeutung (**RG** JW 1926, 799[8]), bei dem Hinzukommen anderer Tatsachen können aber durch gutgläubigen Eigentumserwerb eines Dritten auch die Eigentumsverhältnisse sich ändern; vgl. hierzu und auch zu dem Vorigen **RG** 15. 6. 34 VII 28/34.

7. Nur eine **bestimmte Sache** kann Gegenstand eines Abkommens nach § 868 sein. **Bloße Bestimmbarkeit** genügt nicht. Vgl. darüber § 930 A 3.

§ 869

[1]) Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu [2]). Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wiederübernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird [3]). Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 867 verlangen, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird [4]).

E I 821 II 790, 854; M 3 127; P 3 219.

1. **Besitzschutz beim mittelbaren Besitze.** Da das Gesetz dem mittelbaren Besitzer wirklichen Besitz zuspricht (§ 868 A 1), so gewährt es ihm auch den Besitzschutz. Weil jedoch die Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache eine andere ist als die des unmittelbaren Besitzers, so knüpft sich auch sein Besitzschutzrecht an eine andere Voraussetzung, als das des unmittelbaren Besitzers (A 2). Desgleichen sind die Rechtsmittel des mittelbaren Besitzers an sich beschränktere. Denn hat er auch die Rechtsbehelfe aus den §§ 861, 862 erhalten, so mußte ihm doch das Recht der Selbsthilfe im Sinne des § 859 versagt werden, weil er der tatsächlichen Gewalt über die Sache entbehrt.

2. Gesetzliche Voraussetzung auch für die Besitzklage des mittelbaren Besitzers ist, daß der Gegner **verbotene Eigenmacht verübt** hat. Dabei kann indessen nur eine gegen den unmittelbaren und nicht auch eine gegen den mittelbaren Besitzer verübte Eigenmacht in Frage kommen, da der mittelbare Besitz nur auf einem Rechtsverhältnisse (§ 868 A 1, 2) beruht, und eine Störung oder Beseitigung dieses Rechtsverhältnisses durch das Verhalten Dritter überhaupt nicht denkbar ist. Es folgt weiter, daß der unmittelbare Besitzer einer Besitzklage des mittelbaren Besitzers selbst niemals ausgesetzt sein kann, weil es ausgeschlossen ist, daß der unmittelbare Besitzer jemals gegen sich selbst verbotene Eigenmacht auszuüben vermöchte, vgl. hierzu § 858 A 2 und die dort

angezogenen Entscheidungen. Vertragswidriges Verhalten des unmittelbaren Besitzers bedeutet noch keine Störung des mittelbaren Besitzers (RG 20. 6. 33 VII 76/33). Ferner folgt, daß der mittelbare Besitzer auch dann niemals die Klage haben kann, wenn sich die Handlungsweise des Dritten gegenüber dem unmittelbaren Besitzer nicht als rechtswidrig darstellt. Das trifft dann zu, wenn entweder der Dritte gerade im Einverständnisse mit dem Besitzmittler handelt (RG 68, 389; 105, 415; 111, 410), oder wenn die Handlungsweise des Dritten gegebenenfalls kraft Gesetzes statthaft war (§ 858 A 7). Ist freilich der Anspruch des mittelbaren Besitzers auf Besitzschutz einmal erwachsen, dann kann er ihm durch nachträgliches Übereinkommen zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem Dritten nicht wieder entzogen werden. Denn sein Anspruch besteht selbständig zu Recht (A 3).

Die **Ansprüche des mittelbaren Besitzers** gehen, entsprechend demjenigen des unmittelbaren Besitzers, gemäß § 862 auf Beseitigung der Störung, gegebenenfalls auch auf Unterlassung weiterer Störungen, und gemäß § 861 auf Wiederherstellung des Besitzes. Den letzteren Anspruch hat der mittelbare Besitzer indessen nur mit der sich aus A 3 ergebenden Beschränkung. Nach der Fassung („auch") läßt das Gesetz erkennen, daß das Klagerecht des mittelbaren Besitzers selbständig neben demjenigen des unmittelbaren Besitzers besteht. Sonach steht auch die Klage des einen der Klage des andern nicht entgegen, und die Einrede der Rechtshängigkeit versagt. Aus gleichen Gründen erlangt aber auch das von dem unmittelbaren Besitzer erstrittene Urteil dem mittelbaren Besitzer gegenüber keine Rechtskraft, wie auch die dem mittelbaren Besitzer gegenüber ergangene Entscheidung zuungunsten des unmittelbaren Besitzers nicht wirksam wird. Bei dieser Sachlage besteht freilich die Möglichkeit, daß in beiden Prozessen verschiedene Urteile erzielt werden. Nur durch die Klageverbindung (§ 147 ZPO) kann einem solchen mißlichen Ergebnisse vorgebeugt werden, und es entstände alsdann zwischen den beiden Klägern notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO; vgl. RG 60, 270, wo es sich zwar nicht um Besitzklagen, aber um den dem hier behandelten sehr ähnlichen Fall handelte, daß zwei Teilhaber einer Gemeinschaft ihre Sonderrechte zusammen in einer Klage geltend machten). Jeder von den beiden Klagen gegenüber greift im übrigen auch der Einwand des Beklagten durch, daß er dem Anspruche des einen Klägers bereits genügt habe. — Außer den bezeichneten Ansprüchen steht dem mittelbaren Besitzer, der selbst mit der Besitzklage belangt wird, weil er sich den unmittelbaren Besitz verschafft hat, auch die **Einrede aus § 861** Abs 2 zu (RG 69, 197). Ausdrücklich verleiht ihm der § 869 zwar nur die Ansprüche aus den §§ 861, 862. Nichtsdestoweniger aber ist anzunehmen, daß das Gesetz dem mittelbaren Besitzer die volle Rechtsstellung der §§ 861, 862 hat gewähren wollen. Es liegt eben im Sinne des § 869, ihn auch hinsichtlich der Verteidigung dem unmittelbaren Besitzer gleichzustellen, und hierin würde er durch Versagung der bezeichneten Einrede beeinträchtigt werden. Jedenfalls fehlt es im Gesetze an einem geeigneten Vorbehalte. Falls daher der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren Besitzer seinen Besitz entzogen hat und alsdann von ihm aus § 861 in Anspruch genommen wird, kann auch er einwenden, daß der Kläger ihm gegenüber fehlerhaft besessen hat (RG 69, 198; vgl. § 861 A 5). Umgekehrt muß der mittelbare Besitzer sich den Einwand des fehlerhaften Besitzes auch dann entgegenhalten lassen, wenn der unmittelbare Besitzer dem Beklagten gegenüber fehlerhaft besessen hatte; auf sein Wissen davon kommt es nicht an.

3. Der **Anspruch des mittelbaren Besitzers bei der Besitzentziehung** geht regelmäßig nur auf Wiederherstellung eben desjenigen Besitzstandes, der zuvor bestanden hatte, mithin regelmäßig nur auf Herstellung des früheren Besitzes des unmittelbaren Besitzers. Daß ihm selbst der unmittelbare Besitz eingeräumt werde, kann der mittelbare Besitzer nur ausnahmsweise verlangen. Nämlich nur dann, wenn er zu behaupten vermag, daß der unmittelbare Besitzer an Übernahme des Besitzes tatsächlich oder rechtlich behindert und deshalb hierzu außerstande ist, oder daß er den Besitz nicht übernehmen will. Gelingt weder der eine noch der andere Nachweis, so ist gegebenenfalls die Klage abzuweisen.

4. Das auch dem mittelbaren Besitzer gewährte **Verfolgungsrecht** (§ 867 A 1) kann ebenfalls nur nach Maßgabe der unter A 3 u. 4 dargestellten Regeln geltend gemacht werden. Der mittelbare Besitzer kann daher regelmäßig nur verlangen, daß die Aufsuchung und Wegschaffung der dem unmittelbaren Besitzer entkommenen Sache diesem gestattet wird, und nur ausnahmsweise (A 3) kann er diese Befugnis für sich selbst in Anspruch nehmen.

§ 870

Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird [1]).

E I 804 II 792, 855; M 3 95; P 3 226.

1. Der **mittelbare Besitz** (§ 868 A 6) wird **übertragen**, wenn der mittelbare Besitzer den ihm gegen den Besitzmittler auf Grund des Rechtsverhältnisses nach § 868 (A 2, 3) zustehenden Herausgabeanspruch an den Dritten abtritt. Nicht erforderlich ist, daß dem Dritten auch die sonstigen aus dem Rechtsverhältnis sich ergebenden Ansprüche abgetreten werden. Der mittelbare Besitz

geht also schon dann über, wenn z. B. ein Vermieter seinen Herausgabeanspruch abtritt, sich aber die sonstigen Vermieterrechte, etwa das Recht auf den Mietzins, vorbehält. Werden die gesamten Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis, also z. B. die Vermieterrechte, abgetreten, so geht der mittelbare Besitz ebenfalls auf den Dritten über. Das setzt das Gesetz als selbstverständlich voraus. — Wenn § 870 sagt, daß der mittelbare Besitz durch Abtreten des Herausgabeanspruchs übertragen werden kann, so wird damit nicht eine Übertragungsmöglichkeit besonders hervorgehoben, während auch noch andere Möglichkeiten gegeben sind; im § 870 wird vielmehr der einzige Weg gewiesen, wie der mittelbare Besitz zu übertragen ist. Nur durch das Abtreten des Herausgabeanspruchs kann es geschehen. So ist auch **RG** 135, 78 zu verstehen. Wenn gelegentlich (**RG** Warn 1921 Nr 123) davon gesprochen worden ist, daß der mittelbare Besitz auch auf anderm Wege, als nach § 870 übertragen werden könne, so war das nur ein ungenauer Ausdruck. In dem dort entschiedenen Falle und ebenso in den dort angezogenen Entscheidungen (**RG** Warn 09 Nr 174; 1920 Nr 13 u. Nr 163; 4. 5. 17 VII 23/17) handelte es sich darum, daß der mittelbare Besitzer einen weiteren mittelbaren Besitz begründete und dadurch seinen bisherigen mittelbaren Eigenbesitz in mittelbaren Fremdbesitz verwandelte. Er übertrug also seinen mittelbaren Besitz nicht, sondern er behielt ihn gerade. Was übertragen wurde, das war in den meisten der genannten Fälle das Eigentum und hier stehen dem mittelbaren Besitzer der beweglichen Sache in der Tat drei Wege offen: der des § 931 (Abtreten des Herausgabeanspruchs, vgl. unten), der des § 930 (Begründen eines weiteren mittelbaren Besitzes) und der sogleich zu erwähnende dritte. — **Keine Übertragung des Besitzes** ist es ferner, wenn der mittelbare Besitzer A den unmittelbaren Besitzer B anweist, den mittelbaren Besitz für A zu beenden und mit einem Dritten C ein neues Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 zu vereinbaren. Geschieht das, so beruht der mittelbare Besitz des C auf der mit B getroffenen Abrede. Der mittelbare Besitz des A ist nicht über- sondern untergegangen. Das wird besonders klar, wenn rechtlich verschiedene Verträge in Betracht kommen, wenn etwa B die Sache für A verwahrte und sie sich dann auf Anweisung des A von C verpfänden ließ. Da es einen abstrakten mittelbaren Besitz nicht gibt, da er immer auf einem bestehenden Rechtsverhältnis beruht (§ 868 A 3), so wird man in dem obigen Beispiel nicht sagen können, daß der auf Verwahrung beruhende mittelbare Besitz des A auf den Pfandschuldner C übergegangen wäre. Nicht anders aber liegt die Sache, wenn A und C Verträge derselben Art mit B abgeschlossen haben, beide also etwa Verwahrungsverträge. Wohl aber ist das soeben geschilderte Verfahren des A ein Weg — der **dritte der obenerwähnten** — sein Eigentum auf C zu übertragen. Das geschieht nach § 929 Satz 2. Sobald C in den — mittelbaren — Besitz der Sache gelangt ist und die Einigkeit des A und des C über den Eigentumsübergang noch fortbesteht, erwirbt C das Eigentum, vgl. dazu auch A 2 zu § 931 und — zugleich in Anwendung auf das Effektengirodepot — A 7a zu § 929. — § 870 greift ein, wenn eine bewegliche Sache, die sich im mittelbaren Besitz des Eigentümers befindet, verpfändet werden soll. Hier ersetzt die Abtretung des Herausgabeanspruchs zusammen mit der Verpfändungsanzeige an den unmittelbaren Besitzer die Übergabe der Sache (§ 1205 Abs 2). Auf den § 931 ist schon oben hingewiesen. Das dort vorgesehene Abtreten des Herausgabeanspruchs deckt sich nicht immer und nicht durchweg mit der Übertragung des mittelbaren Besitzes. Wer nach § 931 Eigentum übertragen will, braucht überhaupt nicht mittelbarer Besitzer zu sein (**RG** Warn 1919 Nr 95). Der Herausgabeanspruch, von dem § 931 spricht, ist in erster Linie der dingliche Anspruch, welcher dem Eigentümer nach § 985 gegen jeden Besitzer zusteht, aber wenn der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist, muß er, um die Sachübergabe zu ersetzen, auch den Herausgabeanspruch aus dem Rechtsverhältnis nach § 868 abtreten (**RG** 52, 394). In der Regel ist das als stillschweigend geschehen anzusehen (**RG** 6. 2. 17 VII 254/16). § 870 greift endlich in allen den Fällen ein, wenn ein Nichteigentümer seinen mittelbaren Besitz übertragen will. Auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse dient die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870 auch als Mittel zur Erfüllung, falls als Leistung die Gewährung des Besitzes geschuldet wird, so beim Kaufe, wenn sich der Käufer mit Übertragung des mittelbaren Besitzes begnügen will (§ 433 A 8 I a). — Die Übergabe der sogenannten Traditionspapiere (Ladescheine, Lagerscheine, Konnossemente) überträgt den unmittelbaren Besitz wie die körperliche Übergabe, verschafft daher nicht nur mittelbaren Besitz. Zollniederlagescheine sind keine Traditionspapiere, ihre Aushändigung enthält aber in der Regel das Abtreten des aus § 985 abzuleitenden Herausgabeanspruchs (**RG** Warn 1933 Nr 22); vgl. dazu § 931 A 7.

Die **Abtretung des Herausgabeanspruchs** selbst und ihre Rechtswirkungen regeln sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 398 ff. Demgemäß behält der unmittelbare Besitzer gegenüber dem Rechtsnachfolger des mittelbaren Besitzers gemäß § 404 auch die ihm gegen den letzteren zustehenden Einwendungen (vgl. die entsprechende Bestimmung des § 986 Abs 2 für den Fall der Abtretung des Eigentumsanspruchs nach § 931). — Auch der Übergang des Herausgabeanspruchs kraft Gesetzes hat die Wirkung der rechtsgeschäftlichen Übertragung (§§ 412, 413). Dagegen hat eine im Wege der Zwangsvollstreckung angeordnete Überweisung des Herausgabeanspruchs zur Einziehung nicht die Wirkung einer Abtretung des Anspruchs, sie gibt vielmehr nur eine Ermächtigung zur Geltendmachung des gepfändeten Anspruchs und kann daher zur Übertragung des mittelbaren Besitzes nicht ausreichen (**RG** 63, 218). — Einer Mitwirkung des unmittel-

baren Besitzers bedarf es bei der hier in Rede stehenden Besitzübertragung nicht. Auch auf seine Kenntnis von der Abtretung kommt es für deren Wirksamkeit nicht an (RG 52, 277). Doch ist im Interesse der Sicherheit des Nachfolgers des mittelbaren Besitzers gegenüber späteren ihm nachteiligen Verhandlungen zwischen dem Rechtsvorgänger und dem unmittelbaren Besitzer die Anzeige der Abtretung an den letzteren rätlich. Denn ohne die Anzeige können solche Verhandlungen auch dem Nachfolger gegenüber wirksam sein (§§ 407 ff.).

§ 871

Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer [1]).

E I 821 II 791, 856; M 3 128; P 3 225.

1. Der **entferntere mittelbare Besitz.** Es ist möglich, daß ein unmittelbarer Besitzer mittelbaren Besitz in nachgeordneter Stufenfolge für mehrere Personen gleichzeitig vermittelt. Das Ergebnis kann auf zweifache Weise herbeigeführt werden. Nämlich entweder so, daß ein unmittelbarer Besitzer, der zu einer andern Person bereits im Verhältnisse eines Besitzmittlers (§ 868 A 2) steht, seinen unmittelbaren Besitz einem Dritten einräumt und jetzt mit diesem für sich ein Verhältnis der in § 868 vorausgesetzten Art eingeht (§ 868 A 5 b). Oder in der Weise, daß ein mittelbarer Besitzer mit einem Dritten ein Rechtsverhältnis vereinbart, durch das dieser gleichfalls mittelbarer Besitzer wird. In solchen Fällen ist diejenige Person, die zu dem Besitzmittler in unmittelbarer Beziehung steht, der nähere mittelbare Besitzer, der andere mittelbare Besitzer ist der entferntere. Es ist dabei ersteren Falles an die Möglichkeit zu denken, daß der Nießbraucher eine seinem Nießbrauche unterworfene Sache oder daß der Mieter die Mietsache einem Dritten mietweise weiter überläßt, und im zweiten Falle an die Möglichkeit, daß etwa der Besteller des Nießbrauchs oder der Vermieter nach Überlassung der Sache an den Nießbraucher oder den Mieter mit einem Dritten ein (weiteres) Mietverhältnis vereinbart, durch welches der Dritte Vermieter, der Besteller des Nießbrauchs oder der Vermieter als nunmehriger Aftervermieter aber Mieter wird. Auf diese Weise kann auch Eigentum an beweglichen Sachen gemäß § 930 übertragen werden (RG JW 1909, 130[1]). Ein Verhältnis im Sinne des § 871 wird endlich auch zugunsten des Gläubigers hergestellt, wenn der Gerichtsvollzieher die in Besitz genommene Sache demnächst im unmittelbaren Besitze des Schuldners beläßt. Der Gläubiger ist alsdann der entferntere, der Gerichtsvollzieher der nähere mittelbare Besitzer (§ 868 A 3). In allen bezeichneten Fällen hat auch der Dritte, der zu dem unmittelbaren Besitzer selbst in keinem Rechtsverhältnisse steht, die Stellung des (entfernteren) mittelbaren Besitzers und selbständig den Besitzschutz nach § 869. Nur insoweit steht er dem näheren mittelbaren Besitzer nach, als er, falls der unmittelbare Besitzer entsetzt wird (§ 861), die Einräumung des Besitzes an sich selbst erst dann verlangen kann, wenn nicht nur der unmittelbare, sondern auch der nähere mittelbare Besitzer die Sache nicht übernehmen kann oder will (§ 869 A 3; RG 1. 7. 21 VII 543/20). — Die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs 3 kann nur zugunsten des entferntesten mittelbaren Besitzers gelten; nur er besitzt als Eigenbesitzer, alle zwischengeschalteten mittelbaren Besitzer besitzen nur als Fremdbesitzer; vgl. A 1 zu § 872.

§ 872

Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer [1]).

E I 797 II 793, 857; M 3 80; P 3 227.

1. **Eigenbesitz** ist der durch den Willen des Besitzers, die Sache auch rechtlich zu beherrschen, besonders geartete Besitz (§ 854 A 3). Wie ein unmittelbarer, so kann auch der mittelbare Besitzer Eigenbesitzer sein. Daß der Eigentumswille sich auf einen bestimmten Rechtsgrund stützt oder daß der Besitzer von dem Vorhandensein eines Rechtsgrundes auch nur überzeugt ist, verlangt das Gesetz nicht (RG 54, 135; SeuffA 78 Nr 82; JW 1916, 40; 20. 9. 22 V 635/21). Eigenbesitzer kann daher auch der Dieb sein. Auch der bisherige Fremdbesitzer wird zum Eigenbesitzer dadurch, daß er sich entschließt, die Sachen fortan als eigen zu besitzen; so beispielsweise der Miterbe, der bis zum Tode des Erblassers die Sachen etwa leih- oder mietweise besaß und danach in Anmaßung eines über sein wirkliches Recht hinausgehenden Erbrechts die Herausgabe der Sachen verweigert (RG 81, 294). — Von Erheblichkeit ist Eigenbesitz als gesetzliche Voraussetzung für den Erwerb von Sachenrechten, so beim gutgläubigen Erwerbe von Eigentum an beweglichen Sachen durch Ersitzung (§ 937) oder an Früchten durch die Trennung (§ 955); ferner ohne Rücksicht auf guten Glauben beim Erwerbe von Eigentum an Grundstücken durch Zeitablauf (§§ 900, 927) und an herrenlosen beweglichen Sachen durch Aneignung (§ 958). Wesentlich ist weiter der Eigenbesitz für die Haftung auf Schadensersatz im Falle des § 836 und endlich in Ansehung der Beweislast bei der Klage auf Grenzfeststellung im Falle des § 920. Der Eigenbesitz eines Grundstücks gibt nicht die Befugnis zur Erhebung der Widerspruchsklage aus § 771

ZPO, selbst dann nicht, wenn der Besitzer schon die Auflassung (aber noch nicht die Eintragung) erhalten hat (RG 81, 64). Die RG 116, 363 geäußerte abweichende Meinung ist inzwischen (RG 127, 11) wieder aufgegeben worden.

Erfordert der **Erwerb** von Eigenbesitz eine rechtsgeschäftliche Handlung? Die Frage ist streitig. Es ist anzunehmen, daß der Erwerb des Eigenbesitzes ein Rechtsgeschäft nicht darstellt. Allerdings erhebt das Gesetz hier (anders als sonst, § 854 A 3) den Willen zu einer besonderen Voraussetzung für Besitzerwerb. Aber entscheidend dürfte doch sein, daß auch der Eigenbesitz immer nur ein tatsächliches Verhältnis enthält, und daß, wer sich den Eigenbesitz verschaffen will, nur den Willen hat, dieses tatsächliche Verhältnis zu begründen, mithin nicht die Herbeiführung eines Rechtserfolgs beabsichtigt. Wollte der Dieb etwa solches vorhaben, so wäre dieser Wille doch unbeachtlich, und auch beim Erwerbe des Eigentums an einer herrenlosen Sache knüpft sich der Rechtserfolg nur an die Tatsache, daß der Erwerber die Sache in Eigenbesitz nimmt, während der Wille, Eigentum zu erwerben, bei der Aneignung im Sinne des § 958 überhaupt nicht in Betracht kommt. — Beweis: Wer sich auf Eigenbesitz beruft, muß aus den tatsächlichen Umständen den Nachweis erbringen, daß die besonderen Voraussetzungen des Eigenbesitzes erfüllt sind (RG 54, 135). Falls der Besitzer ein Recht aus dem Eigenbesitze für sich herleitet, liegt ihm die Beweislast ob; soll er dagegen haftbar gemacht werden, dann ist der Beweis Sache des Gegners. — Verloren wird Eigenbesitz entweder durch Beendigung des Besitzes überhaupt (§ 856, § 868 A 6) oder durch erkennbar gewordene Aufgabe des Willens, die Sachen als eigene zu besitzen. Möglich ist dabei, daß der Eigenbesitzer den bloßen Besitz behält.

Zweiter Abschnitt

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken

Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechte an Grundstücken setzt die Anlegung von Grundbüchern voraus. Solange das Grundbuch noch nicht gemäß Art 186 EG als angelegt anzusehen ist, gelten nach Maßgabe des Art 189 EG die bisherigen Vorschriften. Nach § 90 GBO können jedoch gewisse Grundstücke vom Buchungszwange durch landesherrliche Verordnung befreit werden. Wegen solcher Grundstücke enthalten die Artt 127, 128 EG bestimmte Vorbehalte für die Landesgesetze (KGJ 29 A 120); vgl. Art 112 EG (Bahneinheiten). — Die Vorschriften des BGB betreffen das materielle Liegenschaftsrecht. Die notwendigen Ergänzungen bilden die formellrechtlichen Bestimmungen der GBO und der landesrechtlichen Ausführungsgesetze. Die Bestimmungen sind aber, abgesehen von denjenigen, die (wie z. B. die Einrichtung der Grundbücher, Herstellung der Hypothekenbriefe) wesentliche Grundlagen für das materielle Recht bilden, grundsätzlich nur Ordnungsvorschriften, die der Grundbuchrichter zwar zu beachten hat, deren Nichtbeachtung jedoch die vorschriftswidrigen Rechtshandlungen nicht nichtig macht (RG 73, 52; über Eintragungen in eine unrichtige Abteilung RG 54, 248; 55, 343; JW 07, 291[53]; KGJ 27 A 82). Die Vorschriften des BGB über die Rechte an Grundstücken werden ferner ergänzt für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück oder in ein eingetragenes Recht durch das ZVG und die §§ 764ff., 864ff. ZPO. Für den Einfluß des Konkurses auf die Rechte an Grundstücken kommt besonders in Betracht § 47 KO (abgesonderte Befriedigung der Rechte an Grundstücken).

1. Einrichtung der Grundbücher. Nach § 2 GBO erfolgt die Bezeichnung der Grundstücke (Begriff: § 873 A 4) in den Grundbüchern, die nach Bezirken einzurichten sind, nach einem die Grundstücke unter Nummern oder Buchstaben aufführenden amtlichen Verzeichnisse, dessen Einrichtung durch landesherrliche Verordnung bestimmt wird. Gemäß § 3 GBO erhält jedes Grundstück im Grundbuche ein besonderes Grundbuchblatt, das für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des BGB anzusehen ist. Unter gewissen Voraussetzungen kann über mehrere Grundstücke ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt und können mehrere Grundstücke durch Vereinigung oder durch Zuschreibung als Bestandteil zu einem einheitlichen Grundstücke auf einem Grundbuchblatt zusammengelegt werden (§§ 4, 5, 86 GBO, § 890 BGB). Abgesehen von diesen Vorschriften sowie von § 8 GBO, der die Eintragung subjektiv-dinglicher Rechte behandelt, bestimmt sich die Einrichtung der Grundbücher gemäß § 1 Abs 2 GBO nach den Anordnungen der Landesjustizverwaltungen. Für Preußen ist das durch die AVf v. 20. 11. 99 §§ 5ff. eingeführte Formular maßgebend. Danach besteht ein Grundbuchblatt aus der Aufschrift (Amtsgericht, Bezirk, Kreis, Band- und Blattnummern), dem Bestandsverzeichnisse I (Verzeichnis der Grundstücke) und II (Verzeichnis der mit dem Eigentum verbundenen Rechte) und drei Abteilungen. Eingetragen werden in mehreren Spalten in Abteilung I: Eigentümer, Grund des Erwerbs und Verzicht, Erwerbspreis; in Abteilung II: Lasten und Beschränkungen, Veränderungen, Löschungen; in Abteilung III: Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, Veränderungen, Löschungen. In Bayern bestimmt sich die Einrichtung für die Landesteile rechts des Rheins nach JMBek. v. 12. 11. 98 und für die Pfalz nach JMBek. v. 15. 9. 02. Danach besteht das Grund-

buchblatt aus einem Titel und drei Abteilungen. In Abteilung III werden die Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, in Abteilung II andere Rechte an der Sache und Verfügungsbeschränkungen eingetragen, und zwar Veränderungen, Aufhebung und Belastungen des eingetragenen Rechtes in derselben Spalte, in der das Recht selbst eingetragen ist. Für die Pfalz dient der Titel zur Aufnahme des Blattinhabers, die Abteilung I zur Eintragung der Grundstücke, während für die Landesteile rechts des Rheins der Titel für die Eintragung der Sache (Grundstücke, Rechte), die Abteilung I für die Eintragung des Eigentümers dient. Die Bezeichnung der Grundstücke erfolgt nach Plannummer, Größe, Lage und Bebauungsart. In Sachsen enthält das Grundbuchblatt drei Abteilungen: 1. Sache, 2. Eigentümer, 3. Lasten (AusfVO.GBO v. 26. 7. 99). In Württemberg sind zwei Formulare eingeführt, ein Personalfolium, das regelmäßig angewendet werden soll, und ein Realfolium (Vf v. 2. 9. 99). — Besondere Vorschriften für Erbhöfe bringt das **Reichserbhofgesetz** vom 29. 9. 1933. Ein Erbhof ist land- oder forstwirtschaftlich genutztes Grundeigentum, wenn es mindestens eine Ackernahrung, höchstens (grundsätzlich) 125 ha groß ist und sich im Alleineigentum einer bauernfähigen Person, d. h. eines ehrbaren deutschen Staatsbürgers deutschen oder stammesgleichen Blutes, befindet (§§ 1, 2). Der Erbhof wird von Amts wegen in die Erbhöferolle eingetragen. Die Eintragung hat aber nur rechtserklärende, nicht rechtsbegründende Bedeutung (§ 1 Abs 3). Die Erbhöferolle wird beim Anerbengericht geführt (§ 52 Abs 1). Die Eintragung der Erbhöfe erfolgt gebührenfrei (§ 52 Abs 2). Sie begründet die Vermutung der Erbhofeigenschaft; die Nichteintragung begründet von dem Zeitpunkt an, wo die Rolle als angelegt anzusehen ist, die Vermutung der fehlenden Erbhofeigenschaft (§ 1 der 2. DurchfVO v. 19. 12. 1933). Die Einrichtung der Höferolle und das Eintragungsverfahren wird im Verordnungswege geregelt (§ 52 Abs 3 des Gesetzes). Ergangen ist hierzu bisher die 1. DurchfVO v. 19. 10. 1933 §§ 27ff. (vgl. auch für Preußen die AV v. 29. 11. 1933 in der Deutschen Justiz S. 734 und für Bayern die beiden Erlasse v. 28. 10. 1933 im JMBl. S. 75, 96). Die Eintragung in die Höferolle wird auf Ersuchen des Anerbengerichts gebührenfrei im Grundbuch der zum Erbhof gehörenden Grundstücke vermerkt (§ 53 Abs 1 des Gesetzes; dazu § 32 der 1. DurchfVO). Diese Grundstücke sind auf ein besonderes Grundbuchblatt einzutragen; das Grundbuchamt soll darauf hinwirken, daß der Bauer sie durch entsprechende Eintragung im Grundbuch zu einem Grundstück vereinigen läßt (§ 53 Abs 2 des Gesetzes; dazu § 33 der 1. DurchfVO und § 23 der 2. DurchfVO).

2. Die **Eintragungen auf die Grundbuchblätter** dienen: zum Nachweise sämtlicher Grundstücke eines Bezirks; zur Sicherung des Eigentums; zur Feststellung der zulässigen dinglichen Belastungen, ihrer Rangverhältnisse und ihrer Veränderungen; zum einstweiligen Schutze bestehender Ansprüche oder Rechte gegen nachteilige Veränderungen (Vormerkung, Widerspruch); zur Kundgebung der Verfügungsbeschränkungen, die hinsichtlich der dinglichen Rechte zugunsten bestimmter Personen bestehen (vgl. §§ 892f., 1010). Der Kreis der eintragungsfähigen Rechte ist, wie überhaupt der Kreis der dinglichen Rechte, ein geschlossener. Andere als diejenigen Rechte, über deren Eintragung das BGB oder sonst ein Reichs- oder Landesgesetz Bestimmung trifft, dürfen in das Grundbuch nicht eingetragen werden, selbst wenn ihre Eintragung unter der Herrschaft des früheren Rechts zulässig war (RG 48, 63; 51, 86; 54, 235; 55, 273; 56, 14; 57, 333; 117, 294; JW 03 Beil 116; RJA 1, 25; KGJ 21 A 133; OLG 8 S. 123, 126).

Nicht eintragungsfähig sind daher die Rechte und Verpflichtungen rein persönlicher (schuldrechtlicher) Natur, auch wenn ihre Eintragung ausdrücklich vereinbart worden ist, wie z. B.: das Miet- oder Pachtrecht (RG 54, 233; Gruch 67, 78; KGJ 24 A 121; 33 A 221; OLG 17, 30); das Zurückbehaltungsrecht (RG 51, 83; 66, 24; 68, 278); der Anspruch aus dem Kaufe von Holz auf dem Stamm (RG 60, 317); das persönliche Wiederkaufsrecht nach §§ 497ff. (OLG 2, 489; JFG 3, 322); das Recht auf den Ankauf eines Grundstücks für einen bestimmten Preis (KGJ 29 A 173; OLG 10, 120; JFG 3, 315; 3, 318; in der Bewilligung der Eintragung des Rechts kann aber unter Umständen die Bewilligung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung gefunden werden: RG Gruch 67, 80; JFG 3, 318); das Recht auf Ersatz von Verwendungen in das Grundstück nach §§ 994ff. (RG 71, 430); das den Gläubigern des Bestellers eines Nießbrauchs an einem Vermögen zustehende Befriedigungsrecht (RG 70, 348); der Anspruch auf den Ausbau einer Straße (RG 57, 330); die aus einem Vertrage über Anlegung eines Anschlußgleises erwachsenden Verpflichtungen einer Eisenbahn (RG 58, 264); der Verzicht des Eigentümers auf Ersatz des dem Grundstück durch Unternehmungen eines andern, wie Betrieb einer Eisenbahn, eines Bergwerks, erwachsenden Schadens (KGJ 21 A 310; 22 A 152; 25 A 147; 49, 196; OLG 3, 291; vgl. hierzu aber RG 119, 211; 130, 350 und § 1018 A 4). Eine dingliche Sicherung kann hier nur durch Bestellung einer Sicherungshypothek (§§ 1184ff., 1189, 1190) für die etwaige Forderung wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit bewirkt werden (RG 55, 273). Über die Frage, ob die Verpfändung oder Pfändung (§§ 829, 857 ZPO) des Rechtes auf Ausübung eines auf einem Grundstück eingetragenen Nießbrauchs nicht eintragungsfähig ist, weil die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs nach § 1059 nur schuldrechtliche Wirkungen hat, vgl. RG 74, 83; KGJ 40, 254; 48, 212. Ferner sind nicht eintragungsfähig solche Rechte, die sich den dinglichen Rechten, die das BGB zuläßt, nicht anpassen lassen, z. B.:

das Recht einer Stadtgemeinde auf Beseitigung von Bauwerken bei Freilegung einer Straße (KGJ 26 A 274); die Verpflichtung des Eigentümers, in seinem Gastwirtschaftsbetriebe auf dem Grundstücke nur Biere einer bestimmten Brauerei auszuschenken (RJA 3, 148; OLG 15, 371); in Preußen das Recht der Anlieger an öffentlichen Straßen in Ortschaften (RG 70, 77). Für das Nutzungspfandrecht vgl. § 873 A 6. Aus dem Grundsatz des Grundbuchrechts, daß Eintragungen unzulässig sind, deren Zulässigkeit nicht besonders bestimmt ist und an die sich nicht eine bestimmte rechtliche Wirkung knüpft, folgt weiter, daß auch nicht eintragungsfähig sind Rechte oder Beschränkungen, die nach dem Gesetze ohne weiteres rechtliche Wirkungen haben, an denen durch eine Eintragung (insbesondere hinsichtlich des Rechtserwerbs in gutem Glauben) nichts geändert werden könnte oder über die das Grundbuch Auskunft zu geben nicht bestimmt ist, z. B.: persönliche Eigenschaften der Berechtigten (z. B. Familienstand); Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit (RG 69, 268; OLG 18, 110; RJA 14, 246); Umfang der Verfügungsmacht von Vertretern eingetragener Berechtigter (OLG 1, 116); ehemännliches oder elterliches Verwaltungs- und Nutzungsrecht sowie Ausschluß des Rechtes des Ehemanns oder der Eltern (RJA 3, 161; 4, 261; 14, 246; KGJ 38 A 210; 49, 211); Besitzverhältnisse an Grundstücken (RG 61, 378); aus den Vorschriften des Nachbarrechts entspringende Beschränkungen (OLG 1, 380); das gesetzlich begründete Recht einer Gemeinde auf Entziehung des Grundeigentums gemäß dem Fluchtlinienplan (KGJ 25 A 147); Verpflichtungen, die den Straßenanliegern gegenüber der Gemeinde wegen der Kosten der Herstellung einer Straße als öffentliche Lasten obliegen (OLG 1, 203); gesetzliche Veräußerungs- und Belastungsverbote und die auf Grund des öffentlichen Rechtes bestehenden Verfügungsbeschränkungen (RG HRR 1932 Nr 618; OLG 6, 490; 22, 137; SeuffA 57 Nr 219), so auch die zwangsweise Verwaltung feindlicher Unternehmungen während des Krieges auf Grund der VO v. 26. 11. und 22. 12. 14 (RJA 14, 245; 14, 247; KGJ 50, 168) und jetzt die Verfügungsbeschränkung in Ansehung eines mit zwangsbewirtschafteten Devisen erworbenen Grundstücks (§ 4 Abs 1, 3 der 4. DurchfVO v. 9. 5. 1933 — RGBl I 278 —). Hierher gehören ferner die Überbau- und Notwegrenten nach §§ 914, 917 sowie die unter Art 114 EG fallenden Rechte, die landesgesetzlich von der Eintragung ausgenommen sind (RG 110, 74), und das ein Wassergrundstück belastende selbständige Fischereirecht nach § 18 preuß. FischG v. 11. 5. 16. Ausgeschlossen von der Eintragung sind, weil § 137 der dinglichen Geltung entgegensteht, die auf Rechtsgeschäft beruhenden Beschränkungen der Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht an einem Grundstücke (RG 73, 18; KGJ 20 A 292; 21 A 133; 45, 222; OLG 8, 132; 11, 1; RJA 9, 271). Über die ausnahmsweise zugelassene Eintragung gewisser rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen zugunsten einer bestimmten Person (Testamentsvollstreckerschaft, Nacherbenrecht) vgl. § 892 A 11 Abs 2. Endlich können nur Rechte an Grundstücken durch Eintragung gesichert werden, nicht Rechte an beweglichen Sachen, mögen sie auch zu einem Grundstücke in rechtlicher Beziehung stehen, z. B. nicht: der Vorbehalt des Eigentums an Zubehörstücken; die bei der Veräußerung eines Grundstücks getroffene Abrede, wodurch der Veräußerer sich Eigentumsrechte an einem Schatz vorbehält (RJA 3, 136). Die Einschreibung von Vermerken, die sich aus vorhandenen Eintragungen nach dem Gesetze von selbst ergeben, sind vom Grundbuchrichter abzulehnen, weil das Grundbuch übersichtlich sein und nicht mit Überflüssigem belastet werden soll (KGJ 35 A 326; 49, 230), so z. B.: bei einer Hypothek die Haftung für die in § 1118 bezeichneten Kosten (RJA 1, 81); bei einer Zwangshypothek (§ 867 ZPO) die Haftung für die Eintragungskosten (RJA 2, 246; KGJ 35 A 325); der Vorrang der Resthypothek des Gläubigers vor der Eigentümerteilhypothek auf Grund des § 1176 (KGJ 21 A 165; 28 A 139); die Verpflichtung des Hypothekengläubigers zur Löschungsbewilligung nach Erlöschen der Hypothekenforderung (KGJ 29 A 244); vgl. auch KGJ 28 A 145 (Wiederholung einer klaren Eintragung). — Da der im Gesetz bestimmte Inhalt dinglicher Rechte nicht durch Parteivereinbarung geändert werden kann, so können auch die dinglichen Rechte an Grundstücken nicht auf Grund einer Parteivereinbarung mit einem andern Inhalt als dem gesetzlich geregelten eingetragen werden; auf dem Gebiete des Sachenrechts gilt nicht, wie auf dem Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse, der Grundsatz der Vertragsfreiheit (RG 88, 162; KGJ 20 A 91, 206, 308; 21 A 311; 22 A 152; 25 A 290; 29 A 175; 51, 245). Deshalb können dingliche Rechte an Grundstücken auch nur dann als subjektiv dingliche Rechte (d. i. zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks) eingetragen werden, wenn es sich um Rechte handelt, die vom Gesetz ausdrücklich als subjektiv dingliche Rechte zugelassen sind (RJA 4, 257; KGJ 28 A 322), z. B. Grunddienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten (§§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2). — Über öffentlich-rechtliche Lasten vgl. § 873 A 5. Rentenbankrenten, die aus Anlaß der Bildung eines Rentenguts in Preußen entstanden sind, genießen nach § 6 des G. v. 7. 7. 91 die Vorzugsrechte der Staatssteuern mit Vorrang vor allen privatrechtlichen Belastungen des Grundstücks, bedürfen zur Begründung der Dinglichkeit nicht der Eintragung, sind aber nach Art 12 PrAG.GBO eintragungsfähig (OLG 46, 68). Darüber, daß nach Art 167 EG in Preußen landschaftliche Kreditinstitute in Verbindung mit ihren Pfandbriefgeschäften auch andere Rechte an Grundstücken als die im BGB geregelten durch ihre Satzungen zur Geltung bringen können, vgl. KGJ 51, 297, und darüber, daß nach Art 62

EG in Preußen gleiches gilt bei Rentengütern gemäß der Rentengutsgesetzgebung, vgl. KGJ 39 A 205; 45, 223; 51, 232; 52, 171. Über die Unzulässigkeit der Eintragung von Freikuxen in das Grundbuch über ein Bergwerk vgl. KGJ 23 A 227; 52, 222. — Ist eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung irrtümlicherweise bewirkt worden, so ist sie gemäß § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen (RG 88, 83; OLG 6, 203; 23, 346; KGJ 49, 211; 52 S. 125, 219, 228).

3. Leitende Grundsätze des Grundbuchrechts: a) **Öffentlichkeitsgrundsatz.** Dieser Grundsatz äußert sich — gemäß dem Zweck der Grundbucheinrichtung, die Grundstücke und die daran bestehenden Rechte erkennbar zu machen, — nach der formellrechtlichen Seite dahin, daß jeder, der ein berechtigtes Interesse darlegt, zur Einsicht des Grundbuchs berechtigt ist (§§ 11, 93 GBO), und nach der materiellrechtlichen Seite in dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wonach der Inhalt des Grundbuchs zugunsten desjenigen, der bei Rechtshandlungen auf ihn vertraut, nach Maßgabe der §§ 892 f. als richtig gilt. — b) **Einigungsgrundsatz.** In materiellrechtlicher Hinsicht ist nach diesem Grundsatze zu rechtsgeschäftlichen Änderungen des Rechtsstandes eines Grundstücks eine Einigung zwischen dem verfügenden Berechtigten (sog. Passivbeteiligten) und dem andern Teile (sog. Aktivbeteiligten) erforderlich (§§ 873, 877, 880 Abs 2) und im Falle der Aufhebung, Inhaltsänderung oder Rangverschlechterung eines Rechtes, das mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmungserklärung des Dritten (§§ 876, 877, 880 Abs 3). Ausnahmen von dem Einigungsgrundsatz gelten aber in den Fällen der §§ 875 (Aufhebung von Rechten an Grundstücken), 928 (Aufgabe des Grundstückseigentums), 1188 (Bestellung einer Hypothek für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber), 1195 (Bestellung einer Grundschuld auf den Inhaber), 1196 (Bestellung einer Eigentümergrundschuld); in diesen Fällen genügt die einseitige Erklärung des Passivbeteiligten. Nach formellem Grundbuchrecht ist aber zur Eintragung einer Rechtsänderung der Nachweis der Einigung in der Regel nicht erforderlich; zur Erleichterung des Grundbuchverkehrs ist vielmehr im § 19 GBO zur Begründung des Antrags auf Eintragung die einseitige Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (desjenigen, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird) für genügend erklärt. Nur im Falle der Auflassung bedarf es nach § 20 GBO ausnahmsweise des Nachweises der von beiden Teilen erklärten Einigung; auch die §§ 21—27 GBO enthalten Abweichungen von dem Regelsatze des § 19. Anderseits gilt nach formellem Grundbuchrecht der Antragsgrundsatz. Das Grundbuchamt darf gemäß §§ 13 ff. GBO eine Einschreibung nicht ohne Betreiben der Beteiligten vornehmen, hat auch die Interessen der Beteiligten hinsichtlich der Grundbucheintragungen nicht von Amts wegen zu wahren. Ausnahmen von diesem Grundsatze enthalten die §§ 4, 6—8, 18, 23, 24, 46, 49, 52—54, 76, 96 GBO. In gewissen Fällen wird der Antrag durch Ersuchen von Behörden ersetzt (vgl. § 39 GBO). Der Antrag ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung materiellrechtlicher Natur, sondern nur eine verfahrensrechtliche Handlung, durch welche die Tätigkeit des Grundbuchamts in Anregung gebracht wird. Er bedarf nach § 30 GBO keiner Form. Nach § 13 Abs 2 GBO ist sowohl der Aktivbeteiligte (derjenige, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll) als auch der Passivbeteiligte zu dem Antrage berechtigt. Mit dem formellen Bewilligungsgrundsatz und dem Antragsgrundsatz steht im Zusammenhang der Legalitätsgrundsatz. Danach hat das Grundbuchamt zu prüfen, ob das Rechtsverhältnis, dessen Eintragung begehrt wird, nach dem Liegenschaftsrechte des BGB eintragungsfähig ist und ob die nach formellem Grundbuchrecht zur Begründung des Eintragungsantrags erforderlichen Rechtsakte und Nachweise vorhanden und rechtsbeständig sind (z. B. Identität der Beteiligten, Geschäftsfähigkeit, Eigenschaft eines Weibes als Ehefrau, Legitimation der erklärenden Personen, Befugnis zur Verfügung über das Recht: KGJ 20 A 282; 25 A 117; OLG 8, 304; 8, 305; 12, 309). Dagegen braucht das Grundbuchamt die Rechtsbeständigkeit des der Eintragungsbewilligung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts nicht zu prüfen, da der Eintragungsantrag gerechtfertigt ist, wenn die Eintragungsbewilligung rechtsbeständig und formgerecht (§ 29 GBO) ist und die sonstigen nach Lage des Falles etwa in Betracht kommenden Erfordernisse des formellen Grundbuchrechts erfüllt sind (RJA 7, 56; 7, 278; OLG 8, 303; 12, 309; 18, 212; KGJ 51, 178). Aus demselben Grunde braucht das Grundbuchamt in Fällen, in denen die Eintragung zur materiellen Rechtswirksamkeit einer Einigung bedarf (abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 20 GBO), auch nicht zu prüfen, ob eine solche Einigung vorliegt, zumal die ohne sie erfolgte Eintragung noch durch nachträgliche Einigung wirksam werden kann (KGJ 21 A 309; 28 A 267; OLG 25, 374; § 873 A 7 „Form der Einigung"). — c) **Eintragungsgrundsatz.** Jede Rechtsänderung, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruht, bedarf regelmäßig der Eintragung in das Grundbuch, mag sie auf Begründung oder auf Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhalts- oder Rangänderung eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtet sein (§§ 873, 875, 877, 880 Abs 2). Die Eintragung hat aber keine formelle Rechtskraft in dem Sinne, daß das Eingetragene unbedingt als wirklich zu Recht bestehend gilt; vielmehr begründet sie nur eine widerlegbare Vermutung für die Richtigkeit des eingetragenen Rechtszustandes (§ 891). Zu ihrer materiellen Gültigkeit ist erforderlich, daß ihr eine auf die eingetragene Rechtsänderung gerichtete rechtswirksame rechtsgeschäftliche Erklärung der Beteiligten, insbe-

sondere eine Einigung zugrunde liegt. Erst beim Zusammentreffen dieser Grundlage mit der Eintragung tritt die Rechtsänderung ein (über den Fall der Nichtübereinstimmung zwischen Einigung und Eintragung s. § 873 A 10). Nach dieser Richtung hat die Eintragung rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung. Eine andere Bedeutung hat die Eintragung einer Rechtsänderung, die sich außerhalb des Grundbuchs vollzogen hat. Hier wirkt die Eintragung nur feststellend (deklarativ); sie soll durch Veröffentlichung der eingetretenen Rechtsänderung Schutz gegen Nachteile gewähren, die dem Berechtigten sonst durch Rechtserwerb eines Dritten im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs (§§ 892 f.) entstehen könnten. Vgl. über Eintragungen mit dieser Wirkung §§ 894, 895, 901, 1075 Abs 1, 1154 Abs 2, 1163 ff., 1287 Satz 1, 1438 Abs 3, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2, auch ZPO § 848 Abs 2. In solchen Fällen beruht aber die Rechtsänderung regelmäßig nicht auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, sondern auf anderem Rechtsgrunde (z. B. Erbfolge, Eintritt ehelicher Gütergemeinschaft, Zuschlag in der Zwangsversteigerung, Enteignung, Pfändung eines Anspruchs auf das Grundstück). Nur bei der Briefhypothek und Briefgrundschuld vollzieht sich die Übertragung, Nießbrauchbestellung, Pfandrechtsbestellung ohne Eintragung außerhalb des Grundbuchs, auch wenn es sich um Rechtsänderungen auf rechtsgeschäftlicher Grundlage handelt (§§ 1154 Abs 1, 1069, 1274, 1192); insoweit bestehen also Ausnahmen von dem Eintragungsgrundsatze bei rechtsgeschäftlichen Rechtsänderungen. Ferner ist die Eintragung nicht erforderlich für die besondern bergrechtlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte (z. B. Schürf- und Bohrrechte), die nach § 8 PrAllgBergG im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können und gemäß Art. 22 Nr 2 PrAG.BGB zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, und zwar auch dann nicht, wenn sie im Einzelfalle gemäß § 5 PrAllgBergG durch freiwillige Gestattung des Grundeigentümers erworben sind (**RG** 97, 38). Anderseits gilt der Eintragungsgrundsatz in bestimmten Fällen auch für nicht auf Rechtsgeschäft beruhende Rechtsänderungen, so daß die Eintragung auch hier Voraussetzung der Rechtsänderung ist (z. B. Tabularersitzung, § 900; wegen der übrigen Fälle § 873 A 1). Hat sich, abgesehen von diesen Fällen, eine nicht auf Rechtsgeschäft beruhende Rechtsänderung außerhalb des Grundbuchs vollzogen oder ist die Eintragung einer rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung nichtig, weil ihr eine rechtswirksame rechtsgeschäftliche Grundlage fehlt, so kann nach Maßgabe der §§ 894 ff. Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden, soweit nicht etwa ein inzwischen erfolgter Rechtserwerb im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs nach §§ 892, 893 entgegensteht. Über die Folgen einer nach materiellem Recht zur Wirksamkeit einer Rechtsänderung erforderlichen, nach formellem Grundbuchrecht aber vorschriftswidrig bewirkten Eintragung und über die Frage, ob die formell zu beanstandende Eintragung zweier Hypotheken an einem Grundstück für dieselbe Forderung dennoch materiell rechtswirksam ist, vgl. § 1113 A 5; § 1163 A 3 (bei Pfändung der künftigen Eigentümergrundschuld). — d) **Spezialitätsgrundsatz.** Nur ein bestimmt bezeichnetes Grundstück kann in das Grundbuch eingetragen und sachenrechtlich belastet werden, da nur einzelne bestimmte Sachen Gegenstand des Sachenrechts sind (vgl. § 90). Die Belastung eines Vermögensinbegriffs kann nur in der Weise erfolgen, daß die einzelnen Sachen belastet werden (vgl. § 1085). Der Bruchteil eines Grundstücks kann nur dann belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (vgl. §§ 1066, 1095, 1106, 1114, 1192). Die Belastung des Grundstücks muß inhaltlich bestimmt sein; mindestens muß sich ihr Höchstbetrag aus dem Grundbuche ergeben (§§ 882, 1115, 1190, 1199 Abs 2; ZVG §§ 45, 46, 92, 121; § 28 GBO); vgl. hierzu **RG** 108, 296; OLG 10, 82; 21, 42; 22, 380; KGJ 51, 236. Im übrigen bedeutet der Grundsatz: für das materielle Recht, daß das einzelne Grundstücksrecht nach Person, sachlichem Inhalt und Umfang bestimmt festgelegt sein muß; für das formelle Recht, daß in der einzelnen Eintragung die sachliche Bestimmtheit grundbuchmäßig klar zum Ausdruck gelangen muß (**RG** 108, 296; Gruch 58, 1018; Warn 1927 Nr 143). Soll z. B. eine Wegegerechtigkeit zwar das ganze Grundstück belasten, der Ausübung nach aber auf einen Teil des Grundstücks beschränkt sein, so muß die Ausübungsstelle genau bezeichnet werden (§ 1018 A 5 Abs 1). Eine Vormerkung auf Auflassung eines nicht näher bezeichneten Trennstücks, das zum Eisenbahnbau erforderlich wird, ist wegen Unbestimmtheit des von ihr betroffenen Gegenstandes nicht eintragbar (OLG 34, 228). Ausnahmsweise ist bei der Belastung von Grundstücken mit Geldleistungen zu bestimmten ziffernmäßigen, in alter Reichswährung ausgedrückten Summen eine Durchbrechung des Spezialitätsgrundsatzes zugelassen worden, als infolge außerordentlicher Geldentwertung durch den Währungsverfall der Wert des eingetragenen Betrags derart gesunken war, daß er in ungewöhnlich großem Mißverhältnis zum Wert zur Zeit der Eintragung stand; damals wurde an die Stelle des eingetragenen Betrags ein nach den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen dem früheren Wert entsprechender Betrag gesetzt, so daß in Wahrheit eine Erhöhung der Belastung des Grundstücks sich nicht ergab (**RG** 108, 296). Von ähnlichen Gesichtspunkten aus enthalten Durchbrechungen des Spezialitätsgrundsatzes das RGes v. 22. 6. 23 über die Eintragung wertbeständiger Hypotheken (s. § 1113 A 4), das RGes vom 18. 8. 23 über die Aufwertung und Umwandlung von Geldbezügen und Altenteilsverträgen sowie die 3. SteuerNotV. v. 14. 2. 24 Art I und das diese dann ersetzende Aufwertungsgesetz v. 16. 7. 25 §§ 1—32, wodurch

allgemein die Aufwertung von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Reallasten bis zu einem bestimmten Betrage zugelassen ist. — c) **Vorrangsgrundsatz.** Das Rangverhältnis der das Grundstück belastenden eingetragenen Rechte bestimmt sich nicht nach dem Alter ihrer Begründung, das regelmäßig aus dem Grundbuche nicht ersichtlich sein wird, sondern dem Eintragungsgrundsatze gemäß nach der Reihenfolge der Eintragungen, sofern nicht etwa eine abweichende Bestimmung eingetragen ist; dabei ist unerheblich, ob die nach § 873 erforderliche Einigung vor oder nach der Eintragung erfolgt ist. Nur wenn die Rechte in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchs eingetragen sind, hat das unter einer früheren Zeitangabe eingetragene Recht den Vorrang, während bei gleicher Zeitangabe die Rechte gleichen Rang haben (§ 879).

4. Den **Grundstücken gleichgestellt** sind außer dem Anteil des Miteigentümers (vgl. §§ 1008, 1066, 1095, 1106, 1114, 1192) das Erbbaurecht und die in den Artt 63, 68, 196 EG der landesgesetzlichen Regelung vorbehaltenen Rechte mit Grundstückseigenschaft (Erbpachtrecht, Abbaurecht usw.; vgl. über den Umfang der Immobiliarmasse bei preußischen selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten RG 61, 190; Gruch 61, 322). Über die Behandlung dieser Rechte in formellrechtlicher Hinsicht s. §§ 7, 84 GBO. Die Abbaugerechtigkeit, bei der der Berechtigte die vorkommende Kohle mit ihrer Gewinnung zu Eigentum erwirbt, kann ebenso wie das Erbbaurecht (§ 26 VO) und das auf Verleihung beruhende Bergwerkseigentum (§ 161 PrABergG) aufgehoben werden, und zwar durch rechtsgeschäftlichen Verzicht nach Maßgabe des § 875; Folge der Aufhebung ist, daß die als selbständige Befugnis erlöschende Abbaubefugnis wieder zur Befugnis des Eigentums wird (OLG 45, 219). Eine selbständige Abbaugerechtigkeit, die ein besonderes Grundbuchblatt hat, kann auch mit einer Grunddienstbarkeit (z. B. einem Wegerecht) belastet werden (OLG 45, 221). — Wegen der Rechte an Grundstücken in den Konsulargerichtsbezirken und in den früheren Schutzgebieten vgl. § 20 KonsGG v. 7. 4. 00 nebst EinfVO v. 25. 10. 00; §§ 6 Nr 2, 18 der VO betr. die Rechte an Grundstücken in den deutschen Schutzgebieten v. 21. 11. 02 nebst AusfVf. v. 30. 11. 02; für Tientsin und Hankau VO v. 25. 10. 00 (RGBl 1000).

§ 873

[1]) Zur Übertragung [2]) des Eigentums [3]) an einem Grundstücke [4]), zur Belastung [5]) eines Grundstücks [4]) mit einem Rechte [6]) sowie zur Übertragung [2]) oder Belastung [5]) eines solchen Rechtes [6]) ist die Einigung [7]) des Berechtigten [8]) und des anderen Teiles [9]) über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung [10]) in das Grundbuch [11]) erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt [12]).

Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden [13]), wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet [14]) oder vor dem Grundbuchamt abgegeben [15]) oder bei diesem eingereicht sind [16]) oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat [17]).

E I 828 II 794; M 3 158ff.; P 3 52ff., 177ff., 4 725.

1. § 873 behandelt nur **rechtsgeschäftliche Verfügungen über Rechte an Grundstücken** und unterwirft die auf dieser Grundlage beruhenden Rechtsänderungen dem materiellen Einigungs- und Eintragungsgrundsatze (Vorbem 3b, c vor § 873). Rechtsänderungen, die eine andere Grundlage haben, gehören nicht hierher; für sie ist § 873 nicht maßgebend. Sie scheiden sich in solche, die ohne Einigung und Eintragung eintreten, also weder dem Einigungs- noch dem Eintragungsgrundsatze unterliegen, und in solche, die zwar nicht eine Einigung, wohl aber die Eintragung zur Voraussetzung haben. Fälle der **Rechtsänderungen ohne Einigung und Eintragung** nach BGB sind: Übergang des Vermögens einer aufgelösten juristischen Person auf den Fiskus (§§ 45, 88); Rückfall zufolge Anfechtung eines anfechtbaren dinglichen Rechtsgeschäfts (§ 142); Eintritt einer auflösenden Bedingung, eines Endtermins, des Todes eines auf Lebenszeit Berechtigten, z. B. des Nießbrauchers (§§ 158, 163, 1061; GBO §§ 23f.); Übergang des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen auf die verbleibenden Gesellschafter (§ 728; HGB § 142; § 925 A 4); Begründung der für einen Überbau oder einen Notweg zu entrichtenden Rente (§ 912 Abs 2, §§ 913f., § 917 Abs 2); Entstehung des Nießbrauchs und der Sicherungshypothek kraft Gesetzes gemäß §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 1 (vgl. auch § 848 Abs 2 ZPO u. RG 60, 224); Übergang eines Grundstücksrechts, insbesondere einer Hypothek, auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner usw. kraft Gesetzes zufolge Vereinigung oder Befriedigung (§§ 889, 1143, 1150, 1163f., 1170—1177, 1182, 1192, 1200; ZPO § 868, ZVG § 128); Rechtsübergang zufolge Eintritts der ehelichen Gütergemeinschaft und der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1438, 1483, 1485, 1519, 1549); Übergang des Anteils eines Abkömmlings an dem Gesamtgute der

fortgesetzten Gütergemeinschaft in den Fällen der §§ 1490f.; Entstehung der dem Ehemann oder dem Inhaber der elterlichen Gewalt zustehenden nießbrauchähnlichen Rechte am eingebrachten Ehegut oder am nicht freien Kindesvermögen (§§ 1363, 1649, 1686); Erwerb durch Erbschaft (§§ 1922, 1942, 2096, 2100), Nacherbfolge (§§ 2016, 2139), Übertragung des Anteils eines Miterben am Nachlasse (§ 2033, vgl. OLG 4, 189; 5, 426); dagegen gehören nicht hierher der Erwerb auf Grund eines Vermächtnisses (§ 2174), eines Vorausvermächtnisses (§ 2150), eines Erbschaftskaufs von dem Alleinerben (§ 2374) sowie auf Grund einer Teilungsanordnung (§ 2048). Fälle nach Reichsrecht außerhalb des BGB: Rechtserwerb durch Pfändung und durch Überweisung einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld an Zahlungs Statt (§§ 830, 837, 857 Abs 6 ZPO); Erwerb eines Grundstücks durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§§ 90, 130 ZVG, § 870 ZPO; Eintragung des verstorbenen Erstehers: JW 1933, 705[5]); Übergang des Grundeigentums nach Maßgabe der §§ 1ff., 41 des RGes. v. 21. 12. 71 (Festungsrayon), des § 14 Abs 3 des RGes. v. 13. 6. 73 (Festungswerke), des § 1 des RGes. v. 25. 5. 73 (Gegenstände zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung). Fälle nach Landesrecht gemäß den Vorbehalten für die Landesgesetzgebung im EG: Art 59 (Fideikommiß-, Lehnsfolge); 62 (Rentengüter; vgl. KGJ 47, 162: die Rentengutsbildung nebst Übernahme einer Rentenbankrente nach der preußischen Rentengutsgesetzgebung hat dingliche Wirkung auch gegenüber dem Besitznachfolger); 64 (Erwerb auf Grund Anerbenrechts); 65 (Erwerb von Anlandungen, Inseln, Flußbetten); 67 (Grundabtretung für Bergbau); 109 (Enteignung); 112 (Veräußerung und Belastung von Privat- und Kleinbahnen); 113 (Zusammenlegung bei Gemeinheitsteilungen); 126 (Übertragung von Grundeigentum des Staates, eines Kommunalverbandes); 127 (buchungsfreie Grundstücke). — Fälle der **nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsänderungen, die der Eintragung bedürfen,** nach BGB sind: Tabularersitzung (§ 900); Eigentumserwerb des Eigenbesitzers nach der im Aufgebotsverfahren erfolgten Ausschließung des eingetragenen Eigentümers (§ 927); Erwerb des Eigentums an einem von dem Eigentümer aufgegebenen Grundstücke durch den Anfallberechtigten (§ 928, EG Art 129); Entstehung von Sicherungshypotheken an Grundstücken des Vormundes, Pflegers oder Beistandes auf Eintragungsersuchen des Vormundschaftsgerichts (§§ 1844, 1915, 1693; FGG § 54). Fälle nach Reichsrecht außerhalb des BGB: Entstehung der Zwangs- und Arresthypotheken (ZPO §§ 866f., 932); Rechtserwerb durch Pfändung und durch Überweisung einer Buchhypothek, einer Buchgrundschuld, einer Reallast an Zahlungs Statt (ZPO § 830 Abs 1 Satz 3, § 837 Abs 1 Satz 2, Abs 2, § 857 Abs 6); Ersetzung der Willenserklärung des Berechtigten durch Urteil (ZPO §§ 894ff.); Entstehung der auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken für die Forderungen der Realberechtigten gegen den Ersteher eines zwangsversteigerten Grundstücks (ZVG § 128 Abs 3). Ein weiterer Fall nach Landesrecht gemäß einem Vorbehalte für die Landesgesetzgebung im EG: Entstehung einer Sicherungshypothek für den Fiskus, eine Körperschaft usw. an Grundstücken des Schuldners auf behördliches Ersuchen (Art 91 EG). — Von den rechtsgeschäftlichen Verfügungen behandelt § 873 nur die Übertragung und die Neubegründung von Rechten an Grundstücken und von Rechten an solchen Rechten. Über die Aufhebung und die Änderung des Inhalts solcher Rechte treffen die §§ 875—877 und über die Änderung des Ranges § 880 Bestimmung.

2. Der Ausdruck **Übertragung** ist nicht ganz zutreffend gewählt. Nach dem Sprachgebrauche des BGB braucht die Übertragung nicht immer eine rechtsgeschäftliche zu sein. Bei Forderungen und andern Rechten unterscheidet das BGB zwischen Übertragung durch Vertrag (§§ 398, 413) und Übertragung kraft Gesetzes (§ 412), und Art 126 EG enthält einen Vorbehalt für die Übertragung von Grundeigentum „durch Landesgesetz". Im § 873 ist jedoch unter „Übertragung" nur eine **rechtsgeschäftliche** Übertragung zu verstehen. Dies ergibt sich von selbst aus dem für die Übertragung aufgestellten Erfordernisse der Einigung. Danach scheiden von der Anwendung des § 873 aus die Übertragungen des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes an einem Grundstücke, die auf einer nicht rechtsgeschäftlichen Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes, erfolgen. Über die einzelnen Fälle derartiger Übertragungen vgl. A 1. Anderseits aber findet § 873 auch Anwendung auf solche Fälle, in denen das Gesetz einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Übertragung gewährt; die Veräußerung ist dann zwar keine freiwillige, doch findet auch kein unmittelbarer Rechtsübergang kraft Gesetzes statt. Solche Fälle gesetzlicher Titel auf Rechtsübertragung sind gegeben: bei der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, einer Gesellschaft, einer ehelichen Gütergemeinschaft, einer Erbengemeinschaft (§§ 752ff.; § 731; §§ 1477 Abs 1, 1498, 1546; § 2042); beim Grenzüberbau (§ 915); bei Behebung einer Grenzverwirrung (§ 920); bei einem Vermächtnisse oder Vorausvermächtnisse (§§ 2174, 2150). Auch in diesen Fällen vollzieht sich also die Rechtsübertragung durch Einigung und Eintragung, und zwar im Falle der Übertragung von Eigentum an Grundstücken durch Einigung in der Form der Auflassung. Vgl. hierüber § 925 A 2. — Voraussetzung für die Übertragung ist die Übertragbarkeit. Von den Rechten an einem Grundstücke sind nicht übertragbar: die Grunddienstbarkeit (§ 1018); das Vorkaufsrecht und die Reallast, sofern sie als subjektiv-dingliche Rechte bestellt sind (§§ 1094 Abs 2, 1103 Abs 1, 1105 Abs 2, 1110), da sie ihrer Natur nach nicht von dem berechtigten Grundstücke getrennt werden können; ferner nach positiver Vorschrift: der Nießbrauch (§ 1059 Satz 1),

die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1092 Satz 1), das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht, sofern nicht ein anderes bestimmt ist (§§ 514, 1098). Wegen Zulässigkeit der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit vgl. § 1059 Satz 2, § 1092 Satz 2 und wegen der beschränkten Übertragbarkeit der subjektiv-persönlichen Reallast § 1111 Abs 2. Bei Hypotheken und Grundschulden kann gemäß §§ 399, 413 die Übertragbarkeit vertraglich ausgeschlossen werden.

3. Über den Begriff des **Eigentums** vgl. § 903 A 1. Die zur Übertragung erforderliche Einigung muß, wenn sie Grundeigentum zum Gegenstande hat, in der Form der Auflassung (§ 925) erfolgen. Das Eigentum an einer Sache kann mehreren zustehen, und zwar entweder als Miteigentum nach Bruchteilen (§§ 1008—1011) oder als (ungeteiltes) Eigentum zur gesamten Hand, wie bei der Gesellschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft, der Erbengemeinschaft. Im ersteren Falle kann jeder Miteigentümer nach § 747 über seinen Anteil verfügen, während in den letzteren Fällen nach §§ 719, 1442, 2033 Einzelverfügungen der Teilhaber ausgeschlossen sind.

4. Eine Begriffsbestimmung für **Grundstück** enthält das BGB nicht. Die GBO bestimmt im § 2 Abs 2, daß die Bezeichnung der Grundstücke nach einem amtlichen Verzeichnisse erfolgt, dessen Einrichtung durch landesherrliche Verordnung bestimmt wird, im § 3, daß jedes Grundstück ein besonderes Grundbuchblatt erhält, in §§ 4, 86, daß über mehrere Grundstücke desselben Eigentümers unter gewissen Voraussetzungen ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt werden kann, und im § 6, daß im Falle der besonderen Belastung eines Grundstücksteils dieser von dem Grundstück abgeschrieben und als selbständiges Grundstück eingetragen werden soll. Daraus ist zu folgern, daß als ein einheitliches selbständiges Grundstück im Sinne des BGB ein gegen andere Teile räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche anzusehen ist, der im Grundbuche eine besondere Stelle hat und dort als selbständiges Grundstück gebucht ist, sei es für sich allein auf einem besonderen Grundbuchblatt, sei es auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnisse der Grundstücke (RG 84, 270; JW 1910, 60[1]; OLG 21, 404; RJA 11, 233; KGJ 37 A 209; 49, 233; JFG 8, 207; vgl. RG 68, 25); nicht etwa (wie im E I § 787 Abs 1) jede Fläche, die im Kataster, d. i. in dem durch § 2 Abs 2 GBO vorgeschriebenen amtlichen Verzeichnisse, unter einer besonderen Nummer eingetragen ist. Ein einheitliches Grundstück kann aus mehreren solchen Flächen (Parzellen) zusammengesetzt sein, ein selbständiges Grundstück kann aber auch aus nur einer solchen Fläche (Parzelle) bestehen; im ersteren Falle müssen die mehreren Flächen im Grundbuch zu einem Grundstück zusammengefaßt sein (OLG 21, 405), im letzteren Falle muß die einzelne Fläche durch Zuweisung einer gesonderten Stelle im Grundbuch sich als ein für sich allein bestehendes Grundstück darstellen. Anderseits sind mehrere Grundflächen, die zwar auf demselben Grundbuchblatt eingetragen, aber unter besonderen Nummern gebucht und mit einem Kennzeichen der Selbständigkeit versehen sind, als mehrere selbständige Grundstücke zu erachten; wie auch mehrere Grundstücke durch Eintragung auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatte ihre Selbständigkeit nicht verlieren, sofern sie nicht gemäß § 890 miteinander vereinigt werden oder das eine dem andern (als Bestandteil) zugeschrieben wird (KGJ 23 A 221; 49, 235; OLG 8, 300). Für die Frage, ob mehrere auf einem Grundbuchblatt eingetragene Grundflächen ein einheitliches Grundstück oder mehrere selbständige Grundstücke bilden, ist weder maßgebend, ob sie wirtschaftlich ein Ganzes bilden oder je für sich bestehen, noch entscheidend, ob sie räumlich voneinander getrennt sind oder in räumlichem Zusammenhang miteinander stehen (OLG 21, 405; KGJ 49, 234). — Sind Flächen im Grundbuch nicht eingetragen, so wird die Frage, ob und inwieweit sie zusammen als ein einheitliches Grundstück oder je für sich als selbständige Grundstücke anzusehen sind, aus der natürlichen Lage, dem wirtschaftlichen Zusammenhang und der Zugehörigkeit von alters her zu entscheiden sein.

Grundstücksbestandteile teilen bei Verfügungen, insbesondere auch bei der Eigentumsübertragung und der Belastung, das rechtliche Schicksal des ganzen Grundstücks, und zwar die wesentlichen (§ 93) unbedingt, die nicht wesentlichen immer dann, wenn sie nicht von der Verfügung ausgenommen worden sind (vgl. § 926 A 3). Als wesentliche Bestandteile des Grundstücks kommen hier besonders in Betracht die mit dem Grund und Boden fest und dauernd verbundenen Gebäude sowie die Erzeugnisse, solange sie mit dem Boden zusammenhängen (§ 94 Abs 1 Satz 1, § 95). Da sie nach § 93 nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, unterliegen sie der Verfügung nur zusammen mit dem Grundstück. Daher kann z. B. weder das Eigentum an einem solchen Gebäude oder an einem Walde für sich allein ohne das Grundstück übertragen noch ein dingliches Recht daran besonders bestellt werden (§ 93 A 7). Voraussetzung für die Bestandteilseigenschaft ist aber (abgesehen von dem Fall des § 95, s. dort A 1), daß die Gegenstände auf einer Fläche stehen, die Teil des Grundstücks ist. Greift ein Gebäude auf ein anderes Grundstück hinüber, so ist der hinüberreichende Teil nicht Bestandteil des diesseitigen Grundstücks (§ 94 A 3, § 921 A 1). Ein einzelner (realer) Grundstücksteil ist nicht wesentlicher Bestandteil des ganzen Grundstücks, da er von diesem getrennt werden kann, ohne daß der eine oder der andere Teil in seinem Wesen als Teil der Erdoberfläche verändert wird (§ 93). Daher kann ein solcher Flächenteil des Grundstücks für sich allein veräußert und besonders belastet werden (§ 93 A 6). Über die Buchung in

diesen Fällen vgl. die §§ 3, 4, 6, 49 GBO. Ein (ideeller) Bruchteil eines Grundstücks kann kein besonderes Grundbuchblatt erhalten, weil er nicht für sich ein Grundstück, eine Bodenfläche ist (RJA 4, 231). Da nach BGB das Anteilrecht des Miteigentümers einer Sache auch Sacheigentum ist, erfolgt die Veräußerung und Belastung eines Grundstücksbruchteils nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften (§ 925 A 4). Mit Vorkaufsrecht, Reallast und hypothekarischen Rechten kann er aber nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (§§ 1095, 1106, 1114, 1192, 1199).

Zubehör eines Grundstücks können nach § 97 Abs 1 Satz 1 nur bewegliche Sachen sein, nicht (wie nach früherem preußischen Recht) Grundstücke. Daher kann ein Grundstück nicht einem andern als Zubehör zugeschrieben werden (**RG** JW 1910, 60[1]); vielmehr ist nur die Zuschreibung als Bestandteil zulässig (§ 890). Über die Rechtsstellung des Zubehörs zum Grundstück im Falle der Verfügung enthält das BGB keine allgemeine Vorschrift. Sonderbestimmungen geben die §§ 926, 1031, 1093, 1096, 1120. — Wegen der Rechte, die den Grundstücken hinsichtlich der Verfügung darüber gleichgestellt sind, vgl. § 903 A 2.

5. Belastung eines Grundstücks. Belastung ist nach dem Sprachgebrauch des BGB die Begründung eines (im Verhältnis zum Eigentumsrecht beschränkten) dinglichen Rechts an einem fremden Gegenstand. Die Begründung kann durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft erfolgen. Im § 873 ist aber unter „Belastung", ebenso wie unter „Übertragung" (s. A 2), nur eine **auf Rechtsgeschäft beruhende** Begründung zu verstehen; dies ergibt sich daraus, daß zur Entstehung der Belastung eine Einigung erfordert wird. Die auf Gesetz beruhenden Belastungen bedürfen zur Entstehung einer Einigung nicht; sie sind in A 1 unter den nicht rechtsgeschäftlichen Rechtsänderungen aufgeführt (§§ 912ff., 917, 1075, 1287, 1363, 1649, 1686 BGB; §§ 830, 875 Abs 6, 867, 932 ZPO; § 128 ZVG; Art 91 EG) und scheiden daher hier aus. Ferner kommen hier nicht in Betracht die gesetzlichen Nachbarrechte (§§ 906—909; Art 124 EG), da sie nicht Belastungen im Sinne des BGB, sondern gesetzliche Einschränkungen des Eigentumsrechts darstellen (OLG 1, 380, Vorbem 2). — Die Rechtsverhältnisse der auf öffentlich-rechtlichen Titeln beruhenden Lasten (Grundsteuer, gemeine Lasten, Kommunalabgaben usw.) bestimmen sich nach Landesrecht, da das öffentliche Recht vom BGB überhaupt nicht berührt wird. Sie können in das Grundbuch nur dann eingetragen werden, wenn die Eintragung landesrechtlich zugelassen ist (**RG** 59, 400; 70, 81; Gruch 64, 618; OLG 16, 182; 21, 411), wie dies z. B. in Preußen der Fall ist bei der nach § 121 WasserG v. 7. 4. 13 vom Uferanlieger mit wasserpolizeilicher Genehmigung übernommenen Verpflichtung zur Unterhaltung eines Ufergrundstücks (OLG 45, 223). Dagegen fallen unter § 873, auch hier wie bei der Übertragung (A 2) die Fälle, in denen eine Belastung nicht unmittelbar kraft Gesetzes entsteht, sondern das Gesetz nur einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Bestellung des Rechts am Grundstück gibt, z. B. der Fall des § 648, wonach der Bauunternehmer die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen kann. Zur Rechtsbegründung ist in solchen Fällen also Einigung und Eintragung nötig. Wird daher durch letztwillige Anordnung dem Erben eine Belastung (an einem Nachlaßgrundstück oder an einem zum Nachlasse gehörigen Recht an einem Grundstück) zugunsten eines Vermächtnisnehmers auferlegt, so ist zur Begründung des vermachten Rechts nach § 873 Einigung zwischen dem Erben und Vermächtnisnehmer über die Bestellung des Rechtes und Eintragung erforderlich; denn dem Vermächtnisnehmer steht nur ein Anspruch auf Bestellung des Rechtes (z. B. des Nießbrauches) zu (§§ 2174, 2150). Vgl. auch § 925 A 2. — § 873 umfaßt neben dem Falle der Belastung des Grundstücks selbst auch den der **Belastung eines Rechtes an einem Grundstück** (der Belastung einer Belastung). In dieser Hinsicht ist zur Belastung die Übertragbarkeit des zu belastenden Rechtes erforderlich (s. A 2 a. E.). Deshalb können als belastungsfähige Rechte an Grundstücken im wesentlichen nur die Reallasten, Hypotheken und Grundschulden in Betracht kommen. Als zulässige Belastungen eines Rechts sind im BGB nur Nießbrauch und Pfandrecht anerkannt. Diese werden gemäß §§ 1069, 1080, 1274, 1291 nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften rechtsgeschäftlich bestellt. Das Erbbaurecht (früher §§ 1012—1017, jetzt VO v. 15. 1. 19) und die übrigen den Grundstücken gleichgestellten Rechte (§ 903 A 2) können aber ebenso wie die Grundstücke selbst belastet werden; an ihnen können also nicht nur Nießbrauch, sondern auch die andern nach BGB zulässigen (s. A 6) Grundstücksbelastungen bestellt werden, insbesondere Grunddienstbarkeiten und Hypotheken.

6. Der Kreis der dinglichen **Rechte, mit denen ein Grundstück belastet werden kann,** ist ein geschlossener. Andere als die vom BGB zugelassenen dinglichen Rechte können, selbst wenn sie nach früherem Rechte zulässig waren, unter der Herrschaft des BGB durch Einigung und Eintragung an einem Grundstück nicht rechtswirksam begründet werden. Ebensowenig können die zugelassenen dinglichen Rechte mit einem andern Inhalt bestellt und in das Grundbuch eingetragen werden, als mit dem Inhalt, der im Gesetz bestimmt ist. Vgl. hierüber Vorbem 2. Die zugelassenen Rechte sind: Erbbaurecht (A 5), Dienstbarkeiten (§§ 1018, 1030, 1090), Vorkaufsrecht (§ 1094), Reallast (§ 1105), Hypothek, Grund-, Rentenschuld (§§ 1113, 1191, 1199). Über nicht zugelassene und daher auch nicht eintragungsfähige Rechte vgl. Vorbem 2. Hinzuzufügen ist, daß auch die Bestellung eines Besitz- und Nutzungspfandrechts (Antichrese)

an Grundstücken mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen ist, da das BGB ein solches Recht an Grundstücken (für bewegliche Sachen vgl. §§ 1213, 1214) nicht erwähnt (RG 48, 63; OLG 1, 261; RJA 3, 216). Der Zweck des Nutzungspfandrechts kann aber im wesentlichen durch Bestellung eines Nießbrauchs erreicht werden (RG 68, 10; RJA 3, 216); doch darf der Nießbrauch nicht mit den dem Wesen dieses Rechtes nach BGB widerstreitenden Merkmalen des Nutzungspfandrechts ausgestattet werden (RJA 3, 216). Zulässig ist dagegen, daß zwischen den Vertragschließenden Rechte und Pflichten, wie sie dem Nutzungspfandrechte entsprechen, mit schuldrechtlicher Bindung festgesetzt werden, da auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse Vertragsfreiheit besteht. Ein schon vor Inkrafttreten des BGB rechtswirksam begründetes Nutzungspfandrecht bleibt nach Art 184 EG auch nach diesem Zeitpunkt bestehen, da es ein aus Pfandrecht und beschränktem Nutzungsrecht zusammengesetztes Recht an fremder Sache ist (RG 47, 56; OLG 1, 261). Auch sonstige Rechte an einem Grundstück, die unter der Herrschaft des BGB nicht mehr begründet werden können, bleiben nach Art 184 EG bestehen, wenn sie schon vor Inkrafttreten des BGB als dingliche Rechte begründet worden sind. Ferner haben Rechte, die nach früherem Recht ohne Eintragung mit Wirkung gegen Dritte begründet werden konnten und nicht eingetragen worden sind, insbesondere solche, die sich auf die den Landesrechten vorbehaltenen Rechtsgebiete beziehen (Artt 62, 64, 65, 67—69, 73, 74, 196 EG), durch das Inkrafttreten des die Eintragung erfordernden BGB ihre Geltung nicht verloren (RG 55, 315; 56, 13; 63, 6; 66, 30). Handelt es sich jedoch um Rechte, die zwar ohne Eintragung dingliche waren, aber schon nach früherem Recht (z. B. nach § 12 Abs 1 PrEG v. 5. 5. 72) zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedurften (z. B. die Lehnsabfindungen nach der preußischen Gesetzgebung über die Auflösung des Lehnsverbandes), so müssen sie unter der Herrschaft des BGB zur Eintragung gebracht werden, wenn sie Wirksamkeit gegen dritte Erwerber haben sollen (RG 66, 28; 87, 171; JW 04, 228[1]; § 892 A 3). Die Übertragbarkeit und Belastbarkeit solcher Rechte gehören zu ihrem Inhalte. Daher richten sie sich nach bisherigem Recht (Art 184 EG), soweit die Rechte nicht ohnehin den vorbehaltenen Landesrechten angehören. Dagegen ist für die Übertragung und die Belastung selbst, abgesehen von den den vorbehaltenen landesrechtlichen Rechtsgebieten angehörigen Rechten, das BGB, also auch § 873, maßgebend (RG 59, 292). Anderes bestimmt Art 189 EG für den Fall, daß das Grundbuch noch nicht angelegt ist. Handelt es sich um eine Grunddienstbarkeit, die nach früherem Recht ohne Eintragung begründet werden konnte, und ist das Grundbuch angelegt, das Recht aber nicht eingetragen, so kann nach Art 187 Abs 1 EG die Eintragung des Rechts verlangt werden.

7. Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung. Sie ist das erste Erfordernis für die rechtsgeschäftliche Änderung der Rechte an Grundstücken, insbesondere also für die Übertragung des Eigentums und die Bestellung, Übertragung und Belastung beschränkter dinglicher Rechte. Ist sie unter den Beteiligten nicht zustande gekommen, so tritt die Rechtsänderung nicht ein (s. unten b). Eine Einigung wird auch bei beweglichen Sachen im § 929 für die Übertragung des Eigentums erfordert, ferner im § 1032 für die Bestellung eines Nießbrauchs, im § 1205 für die Bestellung eines Pfandrechts, im § 1260 für die Bestellung des Pfandrechts an einem Schiffe. Vgl. auch über Besitzerwerb durch Einigung § 854 Abs 2. Die Einigung ist ein selbständiger abstrakter Vertrag, der lediglich die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsänderung an einer Sache zum Gegenstand hat (sog. dinglicher Vertrag, M 3, 172; RG 48, 135; 50, 82; 52, 114; 66, 99; 89, 371; 99, 68). Das Wesen eines Vertrags hat sie deswegen, weil die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der als Verfügende und Erwerbende sich gegenüberstehenden Beteiligten auf Erreichung eines gemeinsamen rechtlichen Zweckes gerichtet sind und derart in Wechselbeziehung zueinander stehen, daß sie sich gegenseitig bedingen (RG 50, 82; 63, 184; 66, 389; 68, 99; 89, 371; 99, 68; RJA 2, 85; 3, 263; KGJ 37 A 284). Allerdings unterscheidet sich dieser Vertrag von den regelmäßigen Verträgen auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse darin, daß er nicht auf die Erzeugung einer Verpflichtung, eines Anspruchs, sondern unmittelbar auf Begründung oder Änderung eines dinglichen Rechtes gerichtet ist. Indessen gehört es nach dem BGB nicht zum Begriff eines Vertrags, daß er die Begründung einer Verpflichtung zum Inhalt hat; nur für die gemäß § 305 durch Vertrag zu begründenden Schuldverhältnisse gibt das BGB im § 241 die Begriffsbestimmung, daß sie einen Anspruch auf Leistung gewähren. Der Vertragsbegriff ist nach dem BGB überhaupt nicht auf das Gebiet der Schuldverhältnisse beschränkt; es gibt vielmehr z. B. auch familienrechtliche, erbrechtliche Verträge. Nur das ist zum Begriffe des Vertrags zu erfordern, daß die Willenserklärungen der Beteiligten sich auf Bewirkung eines rechtlichen Erfolgs vereinigen. Dies ist auch bei der (dinglichen) Einigung der Fall. Wie auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse z. B. das Schuldversprechen, das Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781), die Übertragung einer Forderung, der Erlaß, die Schuldübernahme, die Ausstellung eines Wechsels abstrakt sind, so ist auch die Einigung abstrakt, weil sie auf sich selbst gestellt ist und rechtliches Dasein hat unabhängig von dem Rechtsgeschäfte, das den ihre Vornahme veranlassenden Rechtsgrund bildet.

a) Aus der **Vertragsnatur der Einigung** folgt, daß grundsätzlich die Vorschriften des Abschnitts I des Allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte, auch die über den Vertrag (§§ 145 ff.), auf die Einigung Anwendung finden (RG 66, 99; KGJ 51, 152). Dies gilt jedoch nur insoweit, als sich nicht

aus den besonderen Bestimmungen über die Einigung etwas Abweichendes ergibt. Eine Sonderbestimmung enthält z. B. § 873 Abs 2, wonach die Beteiligten vor der Eintragung nur unter bestimmten Voraussetzungen an die Einigung gebunden sind. Mithin sind die Vorschriften der §§ 145—152 über den Vertragsantrag und die Annahmeerklärung insoweit nicht anwendbar, als sie bezüglich der Gebundenheit etwas anderes als § 873 Abs 2 bestimmen. Vgl. hierüber A 13 „Einigungserklärungen beider Teile". Im übrigen ist zu der **Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte** folgendes hervorzuheben: Im Falle der Geschäftsunfähigkeit auch nur eines Beteiligten ist die Einigung nichtig (§§ 104, 105; RG 72, 65; RG Warn 1930 Nr 161). Desgleichen, wenn die Einigung nur zum Schein oder nicht ernstlich erklärt wird (§§ 116 Satz 2, 117, 118; RG 78, 371; JW 02 Beil 202; OLG 23, 323). Die Einigung kann wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar und infolge der Anfechtung nichtig sein (§§ 119, 123, 142; RG 66, 389; 69, 13; 70, 55; 89, 32; 89, 157; Gruch 59, 901). Besonders wichtig ist in dieser Hinsicht der Irrtum über den Gegenstand der Einigung, namentlich bei der Auflassung. Vgl. hierüber § 925 A 6. Dagegen kann die Einigung ihrer Natur nach nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs 1) nichtig sein, da sie lediglich eine Rechtsänderung zum Gegenstande hat und dieser Inhalt eines Rechtsgeschäfts unter keinen Umständen sittenwidrig erscheinen kann. Denn unter einem nach § 138 Abs 1 nichtigen Rechtsgeschäft ist nur ein solches zu verstehen, das nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck sich ergebenden Gesamtcharakter den guten Sitten zuwiderläuft (§ 138 A 1), nicht schon ein solches, das nur aus einem gegen die guten Sitten verstoßenden Grunde oder zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden Zwecke getätigt wird (RG 63, 179; 75, 68; 78, 285; JW 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913 S. 540[3], 682[1]; a. M. OLG 11, 303; 13, 321; SeuffA 65 Nr 217). Daher verstoßen dingliche Erfüllungsgeschäfte, wie Eigentumsübertragung, Hypothekbestellung, Hypothekabtretung, nicht deswegen gegen die guten Sitten, weil das schuldrechtliche Grundgeschäft, zu dessen Erfüllung sie getätigt werden, gegen die guten Sitten verstößt. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes wird bestätigt durch § 817. Verstößt das Grundgeschäft gegen die guten Sitten, so ist damit auch der Zweck der Leistung, also des in Erfüllung des Grundgeschäfts vorgenommenen abstrakten Rechtsgeschäfts der Einigung, in der Weise bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstößt. Dies begründet aber nach § 817 Satz 1 nicht die Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts, sondern nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Empfängers der Leistung zu ihrer Herausgabe, eine Verpflichtung, die nach § 817 Satz 2 überdies wegfällt, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, was bei der Leistung zur Erfüllung eines gegen die guten Sitten verstoßenden Grundgeschäfts regelmäßig ebenfalls zutrifft (str.; RG 75, 74; 78, 285; JW 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913, 682[1]; Warn 1912 Nr 243; 1920 Nr 147; Gruch 59, 901; RGSt 46, 240; JW 07, 548[1]; a. M. OLG 11, 303; 13, 321). Wenn in RG Gruch 57, 917 angenommen ist, auch ein abstraktes Rechtsgeschäft könne im einzelnen Falle wegen Unsittlichkeit nichtig sein infolge der von den Parteien vereinbarten Bedingung, daß die Gültigkeit des abstrakten Erfüllungsgeschäfts von der Rechtswirksamkeit des unsittlichen Kausalgeschäfts abhängig sein solle, so ist dabei übersehen, daß in diesem Falle die Hinfälligkeit des Erfüllungsgeschäfts nicht aus seiner Unsittlichkeit (§ 138 Abs 1), sondern aus dem Eintritt der Bedingung (§ 158) folgt (s. unten). Über die Ausnahme beim Wucher (§ 138 Abs 2) und über die Möglichkeit und die Folgen einer in der Einigung liegenden Leistung zu einem sittenwidrigen Zweck (§ 817) vgl. die Ausführungen zur Auflassung in § 925 A 6, die in gleicher Weise auch für andere Gegenstände der Einigung gelten (s. über wucherische Hypothekbestellung RG JW 06, 736[3]; 1913, 540[3] und über Anwendung des § 817 bei der Hypothekabtretung RG JW 1913, 682[1]). — Ist die Einigung nichtig, so tritt die gewollte Rechtsänderung nicht ein, mag auch der weiter erforderliche Tatumstand der Eintragung (in das Grundbuch oder in das Schiffsregister, § 1260 Abs 1) oder der Übergabe hinzugetreten sein (RG 70, 356; 78, 371; 80, 317; 89, 157; 106, 139; JW 1912, 296[15]; KGJ 51, 153; OLG 45, 193). Der Passivbeteiligte ist Rechtsinhaber geblieben und kann z. B. mit der Eigentumsklage die übertragene Sache auch von einem Dritten herausverlangen und im Falle der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch mit der dinglichen Klage aus § 894 die Berichtigung des Grundbuchs verfolgen (RG JW 1912, 296[15]), es sei denn, daß der Dritte, gegen den die Ansprüche erhoben werden, sich auf Rechtserwerb im guten Glauben (§§ 892, 932) berufen kann. Ferner können nicht nur die Beteiligten, sondern auch Dritte geltend machen, daß die Rechtsänderung nicht eingetreten sei, und im Falle der Eintragung ebenfalls Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 verlangen, wenn sie durch die eingetragene Unrichtigkeit beeinträchtigt werden. Ist inzwischen über das Vermögen des Aktivbeteiligten der Konkurs eröffnet worden, so kann der Passivbeteiligte im Falle der Eigentumsübertragung Aussonderung (§ 43 KO) verlangen (RG 66, 389). Gegen gutgläubigen Erwerb Dritter gewährt in den Fällen der Rechtsänderung nach § 873 die Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch (§ 899) Schutz. Ist die Einigung nur anfechtbar, so setzt die Eintragung des Widerspruchs die geschehene Anfechtung voraus, da bis dahin die Einigung noch nicht nichtig, das Grundbuch also durch die Eintragung noch nicht unrichtig geworden ist. — Aus der Anwendung des § 130 ergibt sich, daß die erfolgte Einigung nicht unwirksam wird, wenn einer der Beteiligten

nach Abgabe seiner Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird. Trotz des Eintritts dieser Tatsachen ist also auf Antrag die Rechtsänderung einzutragen (z. B. die Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek trotz des inzwischen eingetretenen Todes des ihre Eintragung bewilligenden Eigentümers); die Rechtsänderung ist dann rechtswirksam vollzogen. Wenn allerdings die Einigung nicht in der nach § 873 Abs 2 zur Bindung erforderlichen Form abgeschlossen war, kann sie noch von den Erben des verstorbenen oder dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähig gewordenen Beteiligten widerrufen werden. Wegen des Eintritts dieser Tatsachen zwischen Auflassung und Eintragung vgl. § 925 A 5; über den Fall, daß der Passivbeteiligte in der Zeit zwischen Einigung und Eintragung in der Verfügung beschränkt wird, vgl. § 878 u. § 925 A 5. — Die Einigung kann auch unter einer Bedingung (z. B. Vorrangseinräumung, Abtretung einer Hypothek, Bestellung eines Nießbrauchs unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung) oder einer Zeitbestimmung (z. B. daß eine Hypothek zunächst dem einen und dann von einem gewissen Zeitpunkt ab dem andern Gläubiger zustehen soll; Bestellung eines Nießbrauchs, den der Berechtigte erst nach dem Tode des Bestellers erlangen soll) erfolgen (§§ 158, 163; **RG** 70, 248; 75, 248; 76, 90; 106, 111; JW 07, 747[18]; OLG 39, 238; § 880 A 3). Eine Ausnahme besteht aber nach § 925 Abs 2 für die Auflassung. Vgl. hierüber § 925 A 14. — Ist das Recht des Passivbeteiligten zeitlich beschränkt, so wird mit dem Eintritt des Zeitpunktes, in dem sein Recht aufhört, auch die von ihm bewilligte Rechtsänderung hinfällig (§§ 158 Abs 2, 161 Abs 2, 163) und damit das Grundbuch hinsichtlich der eingetragenen Rechtsänderung unrichtig; steht z. B. das Eigentum an dem Grundstück dem eine Hypothek bestellenden Eigentümer nur als Vorerben bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu, so hat der Eintritt des Nacherbenfalles (nach § 2113) die Folge, daß mit dem Eigentum des Hypothekbestellers auch die Hypothek erlischt, es sei denn, daß die Nacherben in die Hypothekbestellung eingewilligt haben (**RG** Warn 1914 Nr 126). — Die Beteiligten können sich bei der Abgabe ihrer Einigungserklärungen durch Bevollmächtigte vertreten lassen (§§ 164ff.). Über den Nachweis der Bevollmächtigung dem Grundbuchamt gegenüber vgl. § 925 A 11. Hat ein Vertreter die Erklärung ohne Vertretungsmacht abgegeben, so hängt die Wirksamkeit der Erklärung von der Genehmigung des Vertretenen ab (§ 177 Abs 1). Die Genehmigung kann nach § 182 Abs 1 gegenüber dem Vertreter oder dem andern Teil, wenn dieser aber eine Aufforderung nach § 177 Abs 2 erlassen hat, nur ihm gegenüber erfolgen (**RG** 89, 382); eine dem Grundbuchamt gegenüber erklärte Genehmigung genügt nicht (RJA 2, 86; 2, 189; KGJ 34 A 253; 36 A 199; a. M. RJA 4, 132). Die Genehmigung bedarf zur materiellen Wirksamkeit keiner Form, muß jedoch nach formellem Grundbuchrechte dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Vgl. das Nähere bezüglich der Auflassung § 925 A 7, 11; s. dort auch über Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst (§ 181). Im übrigen ergibt sich aus § 181 und daraus, daß die Einigung begrifflich das Zusammenwirken mindestens zweier Personen voraussetzt, die Unzulässigkeit einer vom Passivbeteiligten oder von dessen gewillkürtem oder gesetzlichem Vertreter mit sich selbst als Aktivbeteiligtem erklärten Einigung. Daher kann z. B. der Vertreter des Grundstückseigentümers nicht in dessen Namen für sich selbst eine Hypothek oder Grundschuld an dem Grundstück bestellen (**RG** 89, 371; KGJ 37 A 284; 47, 148); der Eigentümer oder Berechtigte nicht an eigener Sache oder eigenem Recht für sich selbst einen Nießbrauch bestellen (KGJ 51, 291), auch nicht an eigener verzinslicher Hypothek bei Abtretung der Hypothek an einen andern (§ 1158 A 3); der Vater die Auflassung seines Grundstücks an sein minderjähriges Kind nicht zugleich als gesetzlicher Vertreter des Kindes entgegennehmen (es bedarf hier vielmehr der Bestellung eines Pflegers, auch wenn die Auflassung schenkungsweise erfolgt, da mit dem Eigentumserwerb auch Verpflichtungen verbunden sind: KGJ 45, 237); ein Eigentümer zweier Grundstücke nicht eine Grunddienstbarkeit an einem Grundstück zugunsten des andern bestellen (**RG** 47, 209; RJA 1, 167; OLG 29, 348; a. M. neuerdings **RG** 142, 231); der Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. nicht die Bewilligung der Löschung einer für die Gesellschaft auf seinem Grundstück eingetragenen Hypothek gegenüber sich selbst oder gegenüber dem Grundbuchamt erklären (JFG 1, 377). Über die Frage, ob eine Rangänderung zwischen zwei Rechten, die demselben Berechtigten zustehen, durch einseitige Bestimmung des Berechtigten erfolgen kann, s. § 880 A 3. Jedoch gelten nach ausdrücklicher Vorschrift die Ausnahmen, daß der Eigentümer für sich selbst eine Grundschuld bestellen (§ 1196, vgl. RJA 4, 120) und daß die gemeinschaftliche Sache zugunsten eines Miteigentümers belastet werden kann (§ 1009). Über gesetzliche Vertretung und den Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht vgl. die Ausführungen zu der Auflassung in § 925 A 11, die in gleicher Weise auch in allen übrigen Fällen gelten, in denen auf Grund einer Einigung eine Rechtsänderung einzutragen ist. Hat bei der Einigung ein Nichtberechtigter die verfügende Erklärung als Passivbeteiligter abgegeben, so kann die Einigung unter den Voraussetzungen des § 185 Abs 2 wirksam werden. Vgl. hierüber unten A 8. — Was die Anwendung der **Auslegungsregeln** der §§ 133, 157 betrifft, so kann hier der Grundsatz, daß der Vertragswille der Beteiligten für den Inhalt eines Rechtsgeschäfts maßgebend ist, nicht unbeschränkt gelten, da eine unbestimmte Reihe späterer Sondernachfolger gebunden werden soll. Der Begründungsakt ist vielmehr grundsätzlich streng nach dem Wortlaut

so auszulegen, wie er von jedem der dinglich Berechtigten und Verpflichteten verstanden werden muß (RG Gruch 68, 532; JW 1933, 605[7]). Für die unter der Herrschaft des Pr. Allg. Landrechts begründeten Grunddienstbarkeiten, die keiner Eintragung im Grundbuch zu ihrer Wirksamkeit bedurften, gelten nach RG 131, 158 (auch RG HRR 1932 Nr 2161) besondere Auslegungsregeln. Im übrigen ist es aber nicht unzulässig, bei Grundstücksbelastungen die ihnen zugrunde liegenden *Eintragungserklärungen* der Beteiligten auch unter Heranziehung des § 133 auszulegen (RG 64, 167). Auch *Grundbucheintragungen* sind einer dem Parteiwillen entsprechenden Auslegung nicht verschlossen, wenn sie mit den Parteierklärungen übereinstimmen oder auf sie Bezug nehmen (RG 121, 43; 139, 130; JW 1926, 2547[4]). So wird z. B. in RG 136, 80 die auf zwei Grundstückshälften eines Ehepaars vorgenommene Eintragung einer „Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 15 000 RM für A" der Auslegung dahin für zugänglich erklärt, daß beide Grundstückshälften für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des A gegen den Ehemann bis zu 15 000 RM haften sollen. Bei der Auslegung der *Eintragungen* ist der Revisionsrichter frei; doch darf bei ihr nichts verwertet werden, was außerhalb der Eintragungen liegt und nicht allgemein bekannt sein kann (RG 136, 234). An Umständen, die sich aus den besonderen, für jedermann ersichtlichen Verhältnissen des Einzelfalls ergeben, darf die Auslegung nicht vorübergehen. Deshalb erschien es z. B. gelegentlich möglich, die an sich unzulängliche bloße Eintragung eines „Wohnungsrechts" auf einem Grundstück, auf dem Fabrikgebäude und Wohnräume sich befanden, doch noch im Wege der Auslegung als rechtsbeständige Eintragung eines dinglichen Wohnungsrechts nach § 1093 an allen dort befindlichen Wohnräumen anzusehen (RG Gruch 73, 217). — Den Vorschriften über *Verträge* auf dem Gebiete des *Rechtes der Schuldverhältnisse* unterliegt der dingliche Vertrag nicht, soweit nicht im dritten Buche des BGB besonders auf sie Bezug genommen worden ist. Deshalb finden z. B. die §§ 323ff. über Unmöglichkeit der Leistung und die §§ 328ff über *Verträge zugunsten Dritter* (mit der Wirkung unmittelbaren Rechtserwerbs des Dritten) auf den dinglichen Vertrag *keine Anwendung* (RG 66, 99; Warn 1910 Nr 271; JW 1922, 1513[2]; KGJ 43, 229; OLG 14, 102).

b) Aus der **abstrakten Natur der Einigung** folgt, daß **ihr rechtlicher Bestand an sich unabhängig ist von dem Bestande** des sie veranlassenden **Grundrechtsgeschäfts.** Obwohl die Einigung das Erfüllungsgeschäft für das Grundrechtsgeschäft ist (RG 57, 96; 104, 103; JW 02 Beil 194; 08, 270[3]; Gruch 51, 987), bewirkt die *Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts* nicht ohne weiteres auch die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts (RG 54, 340; 57, 96; 63, 185; 68, 100; 72, 64; 75, 74; 78, 44; 104 S. 103 u. 298; 111, 246; JW. 06, 736[3]; 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913, 682[1]; Warn 1910 Nr 102; Gruch 60, 325; RGSt JW 07, 548[1]; RJA 7, 56; 7, 278; KGJ 51, 178; OLG 45, 193). So kann z. B. das Grundrechtsgeschäft nichtig sein, weil es der für den schuldrechtlichen Vertrag vorgeschriebenen Form entbehrt, während die Einigung, für die besondere Formregeln gelten (s. unten „Form"), gültig ist, weil ihr ein Formmangel nicht anhaftet (RG 50, 82; 78, 44; 104, 102; JW 1911, 653[25]). Oder das Grundrechtsgeschäft kann wegen Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsteils nichtig, die Einigung aber gültig sein, weil der Beteiligte inzwischen geschäftsfähig geworden ist (RG 72, 64). Ferner kann der vom Inhaber der elterlichen Gewalt für das Kind geschlossene schuldrechtliche Vertrag auf Erwerb eines Grundstücks wegen Fehlens der erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nichtig sein, während die Entgegennahme der Auflassung keiner Genehmigung bedarf, die Auflassung also gültig ist (KGJ 51, 177). Ein von einer Aktiengesellschaft geschlossener Vertrag über Veräußerung ihres Grundstücks kann wegen Fehlens der nach § 207 HGB erforderlichen Zustimmung der Generalversammlung unwirksam sein, während die auf Grund des Kaufvertrags erfolgte Auflassung der Genehmigung nicht bedarf und gültig ist (JFG 1, 372). Auch wenn das Grundrechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 138), macht das die Einigung nicht von selbst nichtig (JFG 1, 374). Sittenwidrig kann die Einigung über eine Rechtsänderung überhaupt nicht sein (s. oben unter a). Es macht auch keinen Unterschied, ob das Grundrechtsgeschäft von vornherein nichtig war oder ob es erst durch Anfechtung, z. B. wegen Irrtums, arglistiger Täuschung, Drohung (§§ 119, 123, 142), nichtig geworden ist. Die Anfechtung des Grundrechtsgeschäfts ergreift nicht unbedingt von selbst auch die Einigung (RG 66, 389; 69, 16; 70, 57; JW 09, 308[1]). Ist daher in solchen Fällen zwar das *Grundrechtsgeschäft nichtig*, die Einigung aber *rechtswirksam*, so ist trotz der Nichtigkeit des Grundgeschäfts die Rechtsänderung eingetreten (z. B. das Eigentum übergegangen, der Nießbrauch bestellt, die Hypothek übertragen, ein Pfandrecht entstanden). Der Passivbeteiligte hat dann nur einen *persönlichen Anspruch* gegen den Aktivbeteiligten *wegen grundloser Bereicherung* (Kondiktion) auf Rückgängigmachung der Rechtsänderung nach Maßgabe der §§ 812ff., z. B. auf Rückübertragung des Eigentums, Bewilligung der Wiedereintragung des Passivbeteiligten (RG 51, 422; 63, 185; 66, 389; 104, 103; 108, 329; 117, 287; JW 1913, 682[1]; Gruch 68, 317; 68, 536; RJA 7, 278; JFG 1, 376). Ist die zur Rechtsänderung erforderliche Eintragung noch nicht zu der Einigung hinzugetreten (z. B. im Falle der Auflassung ohne bisher nachgefolgte Eigentumseintragung), so geht der Bereicherungsanspruch auf Einwilligung in die Aufhebung der Einigung oder auf Verzicht auf die Rechte aus der Einigung (RG 108, 336; 111, 101;

119, 163; Gruch 68, 317). Ein solcher Anspruch kann aber ausgeschlossen sein: nach § 814, wenn der Passivbeteiligte wußte, daß das Grundrechtsgeschäft nichtig und er deshalb nicht zu der Leistung verpflichtet war (RG 108, 333; 117, 295; 119, 167; Gruch 68, 318); wenn dem Kondiktionskläger der Einwand der Arglist entgegensteht, weil er den Erwerber wissentlich in den falschen Glauben versetzt hat, der Umstand, der die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts ergibt (z. B. Formmangel), stehe dessen Gültigkeit nicht entgegen (RG 107, 180; 107, 357; 108, 110; 115, 41; 117, 295); im Falle beiderseitigen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 817 (vgl. § 925 A 6). Ist der Konkurs über das Vermögen des Aktivbeteiligten eröffnet, so kann der Passivbeteiligte einen Anspruch aus der Bereicherung nur als Konkursgläubiger gegen die Konkursmasse geltend machen (§§ 3, 69 KO). Bei der *Bestellung einer Hypothek* besteht jedoch insofern eine Ausnahme, als im Falle der Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts die für eine Forderung aus diesem Rechtsgeschäft bestellte Hypothek zwar an sich rechtsgültig ist, aber nicht für den Aktivbeteiligten entsteht, sondern wegen Nichtigkeit der Forderung gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 kraft Gesetzes Grundschuld des bestellenden Eigentümers ist (RG 63, 189; 66, 101). Dies gilt auch dann, wenn die Forderung wegen Unsittlichkeit des Grundrechtsgeschäfts (z. B. eines Verkaufs zum Zwecke des Bordellbetriebs: RG 63 S. 179, 346, 367; 64, 146; 68, 97; 71, 433; 75, 70; 78, 282; JW 06 S. 226[10], 763[3]; 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; Warn 1912 Nr 243; Gruch 50, 927; 52, 1064) nichtig ist (RG 71, 435; JW 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913, 540[3]; Warn 1912 Nr 243). Der Aktivbeteiligte kann in diesem Falle die für ihn eingetragene Hypothek nicht im Klagewege geltend machen, da die Hypothek nicht ihm, sondern dem Eigentümer zusteht (RG 68, 97). Ausnahmen von dem Grundsatz der Unabhängigkeit derEinigung von dem Bestande des Grundrechtsgeschäfts sind nur dann zuzulassen, wenn sie durch den Inhalt der anzuwendenden besonderen gesetzlichen Bestimmungen gerechtfertigt werden (RG 111, 246); vgl. z. B. hinsichtlich des § 138 Abs 2 (Wucher) RG 57, 97; 75, 76; OLG 44, 138; keine Ausnahme gilt dagegen für § 8 VO gegen die Valutaspekulation v. 8. 5. 23 (RG 111, 239). Ist das Grundrechtsgeschäft nicht nichtig, sondern nur *anfechtbar*, so kann die vor seiner Anfechtung erklärte Einigung eine das Geschäft unanfechtbar machende Bestätigung im Sinne des § 144 enthalten (vgl. hierüber A 13 „klagbarer Anspruch aus der Einigung"). *Tritt ein Vertragsteil* von dem schuldrechtlichen Grundvertrag *zurück* mit der Folge, daß das Schuldverhältnis aufgehoben wird, so verliert die zur Erfüllung des Vertrags vorgenommene Einigung über eine Rechtsänderung nicht ihre Wirksamkeit. Daher wird z. B. im Falle des Rücktritts von einem Kaufvertrag über ein Grundstück die daraufhin erfolgte Auflassung nicht mit dinglicher Wirkung hinfällig. Vielmehr kann die Rechtsänderung nur nach §§ 346 ff. rückgängig gemacht werden (OLG 26, 37). Anderseits ist jedoch zu beachten, daß dieselben Umstände, aus denen sich die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts ergibt, auch der Wirksamkeit der Einigung entgegenstehen können. Ist dies der Fall, so ist *sowohl das Grundrechtsgeschäft als auch die Einigung nichtig.* Solche Fälle sind z. B. gegeben: wenn ein Beteiligter nicht nur beim Abschlusse des Grundrechtsgeschäfts, sondern auch noch bei der Einigung geschäftsunfähig ist (RG 72, 64); wenn Irrtum, Arglist, widerrechtlicher Zwang auch bei der Einigung obwaltet, was besonders dann vorliegen wird, wenn das Grundrechtsgeschäft und die Einigung gleichzeitig vollzogen sind (RG 66, 390; 69, 16; 70, 55; 89, 154). Die Selbständigkeit der Einigung zeigt sich aber auch darin, daß sie selbst dann nicht ohne weiteres ungültig ist, wenn sie mit dem Grundrechtsgeschäft in der zu bewirkenden Rechtsänderung nicht übereinstimmt, insbesondere wenn sie im Umfang der Rechtsänderung (z. B. Höhe der einzutragenden Darlehnshypothek) über das Grundrechtsgeschäft hinausgeht (RG 52, 114). Soweit in einem solchen Falle nicht eine Anfechtung wegen Irrtums usw. Platz greift, wird nur die Geltendmachung eines persönlichen Anspruchs auf Rückgängigmachung der zu Unrecht vollzogenen Rechtsänderung gegeben sein. Auch wenn das Grundrechtsgeschäft und die dingliche Einigung *in ein und demselben Rechtsakt* getätigt, z. B. der Kaufvertrag über ein Grundstück und die Auflassung des verkauften Grundstücks (§ 925 A 10) in derselben Urkunde erklärt sind, ist die Einigung gegenüber dem Grundrechtsgeschäft rechtlich als selbständiges Rechtsgeschäft zu beurteilen; ihr Bestand ist auch in einem solchen Falle grundsätzlich unabhängig davon, ob das Grundrechtsgeschäft zu Recht besteht oder nicht (RG 57, 96; 78, 44; JW 1911, 653[25]; Warn 1920 Nr 147; JFG 1, 374). Insbesondere findet hier § 139, wonach regelmäßig das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, im Falle der Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts (z. B. wenn der Kaufvertrag der Form des § 313 Satz 1 ermangelt, weil der Kaufpreis unrichtig beurkundet worden ist) nicht dahin Anwendung, daß auch die dingliche Einigung (das dingliche Erfüllungsgeschäft) von der Nichtigkeit ergriffen würde; denn die dingliche Einigung, die unmittelbar eine Rechtsänderung zum Gegenstande hat, ist nicht ein Teil des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts, sondern ein anderes selbständiges Rechtsgeschäft (RG 104 S. 104 u. 298; RG JW 1911, 653[25]; 1926, 1029[7]). Mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit kann aber auch (namentlich im Falle der Gleichzeitigkeit der beiden Geschäfte) die Einigung, sofern es sich nicht um eine Auflassung handelt (§ 925 Abs 2, s. OLG 43, 219), an die *Bedingung geknüpft* werden, daß das Grundrechtsgeschäft rechtsgültig ist. Erweist sich dann das Grundrechtsgeschäft als nichtig, so ist auch die Einigung infolge Ausfalls der Bedingung hinfällig (str.; JFG 1, 374; RG 54, 340: Aus-

übung vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktritts von einem Kaufvertrage über bewegliche Sachen, die dem Käufer bereits übereignet worden sind; 57, 96: Wucher; Gruch 57, 917: unsittliche Sicherungsübereignung; in der letzterwähnten Entscheidung wird allerdings die Nichtigkeit der Einigung auf die nicht zutreffende allgemeine Annahme gegründet, für den Fall der Nichtigkeit des Grundgeschäfts sei auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts gewollt; ein solcher Wille wird nur dann vorliegen, wenn er durch Setzung einer Bedingung zum Ausdruck gelangt: JFG 1, 374). Ist das Grundrechtsgeschäft rechtsgültig, aber die Einigung nichtig (z. B. weil: der Passivbeteiligte inzwischen wegen Geisteskrankheit entmündigt war; nur die Einigung wegen Arglist angefochten ist; eine Einigung wegen fehlender Willensübereinstimmung nicht zustande gekommen ist; die freihändige Pfandübertragung gegen das Verbot des § 1245 Abs 2 verstößt), so tritt die gewollte Rechtsänderung nicht ein (vgl. **RG** 70, 356; 72, 63; 78, 371; 80, 317; Warn 1926 Nr 40). Die Nichtigkeit der dinglichen Einigung macht aber das Grundrechtsgeschäft nicht von selbst nichtig, und zwar auch dann nicht, wenn beide Rechtsgeschäfte in ein und demselben Rechtsakt getätigt sind; § 139 (s. oben) findet hier ebenfalls keine Anwendung (**RG** Warn 1926 Nr 40). Der Aktivbeteiligte kann daher auf Grund des Grundrechtsgeschäfts verlangen, daß die Einigungserklärung von dem andern Teil (in dem ersten Beispiele von dem bestellten Vormunde) rechtswirksam wiederholt wird (**RG** 78, 377); dieser Anspruch entfällt aber, wenn zwischen den Beteiligten etwa vereinbart ist, daß das schuldrechtliche Grundgeschäft nichtig sein solle, wenn die dingliche Einigung nichtig sei (**RG** Warn 1926 Nr 40). Vgl. auch **RG** JW 08, 270 [3] (ein bedingtes Grundrechtsgeschäft wird durch ein vorzeitiges, unbedingtes Erfüllungsgeschäft, z. B. Auflassung, nicht ohne weiteres zu einem unbedingten).

c) Was die **Form der Einigung** einerseits **und des Grundrechtsgeschäfts** anderseits anlangt, so folgen sie, wie sie im Verhältnisse zueinander selbständige Verträge sind, auch insoweit jedes für sich eigenen Regeln. Nur insofern stimmen diese Regeln überein, als grundsätzlich für beide Rechtsgeschäfte Formfreiheit besteht (**RG** 48, 135; 50, 82; 54, 179; 120, 255; Gruch 46 901; 51, 987; SeuffA 59 Nr 183). Für die Grundrechtsgeschäfte gelten aber Ausnahmen (z. B. §§ 311, 313, 518, 761, 780, 781, 1017). Hat insbesondere das Grundrechtsgeschäft die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke zum Gegenstand, so bedarf es der im § 313 Satz 1 vorgeschriebenen Form. Betrifft die Einigung eine solche Eigentumsübertragung, so muß sie nach § 925 in der Form der Auflassung erklärt werden. Dabei gilt nach § 313 Satz 2 die Besonderheit, daß das ohne die Beobachtung der Form des § 313 Satz 1 geschlossene Grundrechtsgeschäft durch die Auflassung und Eintragung gültig wird. Die heilende Kraft der Auflassung und Eintragung bezieht sich an sich zwar nur auf die Vereinbarungen, welche die Hauptbeteiligten in dem formlosen Veräußerungsvertrag über Leistung und Gegenleistung getroffen haben; da aber die in dem Vertrag dem Erwerber auferlegte Zahlungspflicht von vornherein eine durch Auflassung und Eintragung bedingte war, so wird mit der Heilung des Vertrags nach § 313 Satz 2 auch die in dem Vertrag übernommene Bürgschaft eines Dritten für den Kaufpreis rechtswirksam (**RG** 134, 243). Zu der Frage, ob das Grundrechtsgeschäft über die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts an einem Grundstück der Form des § 313 Satz 1 bedarf und ob bejahendenfalls das Fehlen dieser Form durch die Einigung und die Eintragung des Vorkaufsrechts geheilt wird, s. § 1094 A 3; über die schenkungsweise Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek vgl. **RG** 120, 255. — Im übrigen gilt bei der auf Änderungen der Rechtsverhältnisse an Grundstücken gerichteten Einigung des § 873 Abs 1 nur noch die **Sonderbestimmung des Abs 2**, wonach die formlose Einigung so lange widerrufen werden kann, als nicht die Eintragung erfolgt (**RG** 60, 262) oder eine von den dort aufgeführten, die Bindung bewirkenden Formen beobachtet ist (s. A 13). Daraus ist nicht, wie in der Rechtslehre geschehen ist, zu folgern, daß ein „Vorvertrag“, durch den die Verpflichtung zur Herbeiführung der Rechtsänderung rechtsverbindlich begründet werden solle, einer dieser Formen bedürfe. Ein Vorvertrag zu der Einigung in dem Sinne einer Voreinigung wäre, wenn er überhaupt über die Stufe einer für die Rechtsgestaltung bedeutungslosen Vorbesprechung hinaus gediehen sein sollte, in Wirklichkeit die Einigung selbst. Tatsächlich ist ein Vorvertrag, wenn er auf die Verpflichtung zur Herbeiführung der Rechtsänderung gerichtet ist und somit die Verpflichtung zu einer künftigen Einigung in sich schließt, nichts anderes als das schuldrechtliche Grundrechtsgeschäft, das die Bewirkung der Rechtsänderung zum Gegenstande hat (**RG** 86, 33; 68, 36; über die Erfordernisse eines wirklichen Vorvertrags auf schuldrechtlichem Gebiet **RG** 124, 83). Die Bestimmung im Abs 2 § 873 bezieht sich lediglich auf die dingliche Einigung des Abs 1 und kommt für das Grundrechtsgeschäft nicht in Betracht; sie enthält überhaupt keine Formvorschrift, sondern betrifft nur die Frage der Bindung (der Unwiderruflichkeit, s. § 130) vor erfolgter Eintragung (s. A 13; **RG** 48, 133; 50, 82; Gruch 46, 901; **RG** 11. 10. 06 VI 41/06; OLG 2 S. 50, 315; 22, 196; 23, 317). Allerdings kann der Passivbeteiligte die nicht in den Formen des Abs. 2 erklärte Einigung vor der Eintragung auch dann widerrufen, wenn er durch das Grundrechtsgeschäft zur Bewirkung der Rechtsänderung verpflichtet ist. Ein solcher Widerruf nützt ihm aber nichts. Denn seine Verpflichtung aus dem Grundrechtsgeschäft bleibt bestehen; er kann im Rechtswege zur Erfüllung (s. unten „Ersatz der Einigung“) angehalten werden (**RG** 11. 10. 06 VI 41/06). Anderseits wird das Grundrechtsgeschäft, wenn die hierfür vorgeschriebene Form fehlt, nicht dadurch

gültig, daß eine der Formen des Abs 2 § 873 eingehalten wird, sofern nicht diese Form zugleich die für das Grundrechtsgeschäft vorgeschriebene Form erfüllt (z. B. im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung eines Schenkungsversprechens, §§ 873 Abs 2, 518 Abs 1 Satz 1); denn Abs 2 § 873 hat grundsätzlich für das Grundrechtsgeschäft keine Geltung. — Nach § 1260 Abs 1 Satz 2 findet der Abs 2 § 873 auch auf die Bestellung eines Pfandrechts an einem Schiffe Anwendung. In den übrigen Fällen der dinglichen Einigung (bei beweglichen Sachen: Eigentumsübertragung, Bestellung eines Nießbrauchs, eines Pfandrechts, §§ 929, 1032, 1205; Besitzeinräumung nach § 854 Abs 2) kommt die Wahrung einer Form überhaupt nicht in Frage. Aber auch in den Fällen der §§ 873, 1260 bedarf die Einigung zur Wirksamkeit an sich keiner Form (**RG** 89, 32; 89, 373; 108, 148). Ausnahmen gelten nur für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken (§ 925) und für die Bestellung und Übertragung des Erbbaurechts (früher §§ 1015, 1017, jetzt VO v. 15. 1. 19) und der andern den Landesgesetzen zur Regelung vorbehaltenen Rechte mit Grundstücksnatur Artt 63, 68, 196 EG). Bei ihnen muß die erforderliche Einigung unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Tritt außerhalb dieser Ausnahmefälle zu der Einigung das andere Erfordernis für die Rechtsänderung, die Eintragung in das Grundbuch (oder in das Schiffsregister, § 1260 Abs 1 Satz 1), hinzu, so ist die Einigung, auch wenn sie formlos erklärt worden ist, unwiderruflich und die Rechtsänderung rechtswirksam vollzogen (**RG** 60, 263; Warn 1911 Nr 83). Daß die Einigung, solange sie nicht in den Formen des Abs 2 § 873 erklärt war, bis zu der Eintragung hätte widerrufen werden können, ändert hieran nichts, wenn sie tatsächlich nicht widerrufen worden ist. — Das Gesetz verlangt nicht, daß die Einigung der Eintragung vorangehen muß, um die Rechtsänderung sachlich wirksam herbeizuführen. Einigung und Eintragung sind im § 873 Abs 1 (auch im § 1260) als gleichwertige Erfordernisse für die Rechtsänderung aufgestellt; sie stehen nur insofern zueinander in Beziehung, als erst bei ihrem Zusammentreffen die Rechtsänderung wirksam vollzogen ist (s. A 10). Danach kann die Einigung der Eintragung auch nachfolgen (§ 879 Abs 2; **RG** 84, 105; 89, 32; 89, 374; 106, 139; 108, 148; 139, 129; JW 05, 290[16]; 1912, 296[15]; KGJ 21 A 309; JFG 4, 329). — Nach formellem Grundbuchrechte ist die Beobachtung der Formen des § 29 GBO erforderlich, um den Antrag auf Eintragung zu begründen. Diese Formen sind aber einerseits nicht dieselben wie im Abs 2 § 873, sondern es genügt auch eine öffentlich beglaubigte Urkunde; andererseits handelt es sich im § 29 GBO nur um eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeobachtung auf die materielle Wirksamkeit keinen Einfluß hat. Dem Grundbuchamte braucht die Einigung als solche nicht nachgewiesen zu werden; vielmehr genügt nach § 19 GBO regelmäßig (Ausnahme für die Auflassung im § 20; Abweichungen in den §§ 21—27 GBO) die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten allein zur Rechtfertigung des Eintragungsantrags (vgl. Vorbem 3b). Der Antrag kann nach § 13 Abs 2 GBO von dem Passivbeteiligten selbst gestellt werden, so daß es zur Herbeiführung der Eintragung einer Aushändigung der Eintragungsbewilligung an den Aktivbeteiligten und eines Antrags von seiner Seite nicht bedarf. Liegt der Eintragungsbewilligung aber tatsächlich keine Einigung zugrunde und folgt die Einigung der Eintragung auch nicht nach, so ist die Eintragung nichtig. Es besteht also kein wirksames Grundstücksrecht, wenn der Eigentümer eine Darlehnshypothek hat eintragen lassen in der Annahme, er werde sich demnächst mit dem als Hypothekengläubiger Bezeichneten über die Hergabe des Darlehns und die Bestellung der Hypothek einigen, wenn diese Einigung aber nicht zustande kommt. Ist die Eintragungsbewilligung, die verschieden von der Einigung ist (s. A 7d), von dem Aktivbeteiligten dem Grundbuchamt eingereicht, so kann sie gemäß § 130 von dem Passivbeteiligten nicht einseitig widerrufen werden (JFG 2, 337; OLG 44, 142).

d) Ein bestimmter **Inhalt der Einigung** ist im **BGB nicht vorgeschrieben.** Es genügen Erklärungen, aus denen sich der übereinstimmende Wille der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung ergibt (**RG** 54, 381; 62, 378; 89, 32; 108, 148; JW 03 Beil 91). Zur Feststellung dieses Willens der Beteiligten ist gegebenenfalls die Auslegungsregel des § 133 anzuwenden (**RG** 52, 416; Gruch 54, 887; OLG 15, 330; KGJ 21 A 281). Z. B. kann, wenn der Grundstücksveräußerer bewilligt, daß der Erwerber als neuer Eigentümer eingetragen werde, und der Erwerber seine Eintragung beantragt, daraus die Einigung über den Eigentumsübergang (Auflassung, § 925) entnommen werden (**RG** 54, 381; 129, 7). Geht die Einigung des § 873 (§ 1260) der Eintragung voraus, wie es regelmäßig der Fall sein wird, so genügt die Erklärung des Passivbeteiligten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung bewillige, und die Erklärung des Aktivbeteiligten, daß er damit einverstanden sei (**RG** 62, 378). Anderseits ist es nicht notwendig, daß eine Vereinbarung über die Eintragung etwa noch ausdrücklich neben der Einigung über die Rechtsänderung (Eigentumsübertragung, Hypothekübertragung) erklärt wird. Ebensowenig brauchen in den Einigungserklärungen die Worte „Bewilligung" und „Antrag" (auf Eintragung) vorzukommen (**RG** 54, 383; 62, 378; 89, 32; RJA 3, 143). In formellrechtlicher Hinsicht wird allerdings als Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung im § 19 GBO die „Bewilligung" des Passivbeteiligten und im § 13 GBO ein „Antrag auf Eintragung" erfordert. Die formellrechtliche Eintragungsbewilligung und der Antrag sind aber begrifflich nicht dasselbe wie die Einigung oder ein Teil von ihr (**RG** 129, 8); sie stellen vielmehr rechtsgrundsätzlich selbständige,

von den materiellen Einigungserklärungen zu unterscheidende formale Rechtsgeschäfte dar. Das hindert allerdings nicht, daß im einzelnen Falle die materiellen Erklärungen der Einigung und die formalen Grundbucherklärungen zu der Eintragung sich decken können (**RG** 54, 384; 89, 32; 89, 371; JFG 2, 338; über Unzulässigkeit des Widerrufs A 7c a. E.). Weiter ist zu beachten, daß § 19 GBO die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten allein nur zur Verkehrserleichterung als Grundlage für die Eintragung genügen läßt. Wenn dem Grundbuchamt in den Formen des § 29 Abs 1 GBO, die dort nicht bloß für Eintragungsbewilligungen, sondern auch für „sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärungen" vorgeschrieben sind, Erklärungen beider Teile vorgelegt werden, aus denen sich zweifelsfrei die materiellrechtliche Einigung über die Rechtsänderung ergibt, so müssen diese Erklärungen dem Grundbuchamt zur Eintragung genügen, mag auch von einer „Bewilligung der Eintragung" darin nicht die Rede sein. Bestätigt wird diese Ansicht durch § 20 GBO, wo im Falle der Auflassung nicht die Erklärung beider Teile über die „Eintragung", sondern die beiderseitige Erklärung der „Einigung" zur Eintragung erfordert wird. Aus dem Wortlaut des § 19 GBO folgt nicht mit Notwendigkeit, daß die Eintragung nur beim Vorliegen einer „Eintragungsbewilligung" vorzunehmen sei (str.; vgl. **RG** 54, 383). Will man dies aber auch nicht annehmen, so wird doch im Wege der Auslegung (§ 133) regelmäßig in den Erklärungen der Einigung zugleich die Bewilligung der Eintragung zu finden sein (KGJ 21 A 281). Anderseits muß die Eintragungsbewilligung den Rechtsvorgang, durch den die Rechtsänderung herbeigeführt wird, gemäß dem materiellen Recht (z. B. Abtretung, richterliche Überweisung) angeben, damit die Art der Rechtsänderung genügend zum grundbuchmäßigen Ausdruck gebracht werden kann (z. B. genügt im Falle der Übertragung einer Hypothek nicht Bewilligung der „Umschreibung": KGJ 40 A 268; OLG 25, 374). Für die Eintragungsbewilligung gilt ebenso wie für die Einigung (s. A 7a) die Vorschrift des § 181; wenn nicht einer der dort vorgesehenen Ausnahmefälle vorliegt, darf also der Passivbeteiligte oder dessen gewillkürter oder gesetzlicher Vertreter nicht die Eintragung einer Rechtsänderung zu seinen eigenen Gunsten bewilligen (KGJ 37 A 283; 41, 168; 47, 148). Die Eintragungsbewilligung muß deutlich und unmittelbar verständlich sein. Der Grundbuchrichter hat sich auf Deutung unklarer Bewilligungsurkunden nicht einzulassen (OLG 18, 233; 21, 4; KGJ 53, 207). Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß in der Eintragungsbewilligung verwiesen wird auf andere den Formvorschriften des § 29 GBO entsprechende Urkunden oder auf solche Schriftstücke, die durch körperliche Verbindung gemäß § 176 Abs 2 FGG zu Anlagen gemacht sind; denn auch in diesem Falle handelt es sich tatsächlich nur um eine einheitliche Eintragungsbewilligung (KGJ 48, 175; 53, 207; JFG 1, 281). Grundsätzlich unterliegt auch die formellrechtliche Eintragungsbewilligung der Auslegungsvorschrift des § 133 (JFG 1, 281; 1, 284). Über den Inhalt der bei der Auflassung abzugebenden Erklärungen vgl. § 925 A 13. — Gegenüber dem Grundrechtsgeschäfte ist eine wörtliche oder (in einer Urkunde) räumliche Sonderung der Einigungserklärungen nicht erforderlich; beide Akte können äußerlich vereint erscheinen (vgl. M 1 128; **RG** Gruch 58, 1015). Namentlich bei beweglichen Sachen, bei denen die Selbständigkeit der Einigung als eines besonderen dinglichen Vertrags weniger hervortritt als im Falle des § 873 (§ 1260) und namentlich des § 925, werden häufig Grundrechtsgeschäft und Einigung (Erfüllungsgeschäft) zusammenfallen; die Einigung auf der Grundlage des Grundrechtsgeschäfts wird hier stillschweigend vollzogen (z. B. wenn auf Grund des Kaufgeschäfts die verkaufte Sache sofort übergeben wird; vgl. **RG** JW 1912, 129 [2]). Aber auch im Falle des § 873 (§ 1260) wird (abgesehen von der Auflassung) die Einigung sich unter Umständen aus den beim Abschlusse des Grundrechtsgeschäfts abgegebenen Erklärungen ohne weiteres ergeben können.

e) Wenn ein zur Mitwirkung bei der Rechtsänderung auf Grund eines Grundrechtsgeschäfts Verpflichteter — sei es der Passivbeteiligte, sei es (z. B. bei der Auflassung) der Aktivbeteiligte — sich weigert, seiner Verpflichtung freiwillig nachzukommen, so kann ein **Ersatz der Einigung durch rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe der Einigungserklärung** gemäß § 894 Abs 1 ZPO herbeigeführt werden. Ein derartiger Ersatz findet besonders häufig bei der Abgabe einer Auflassungserklärung statt. In dieser Hinsicht wird auf § 925 A 11, 13 verwiesen, die entsprechend auch für andere Rechtsänderungen gelten. In den übrigen Fällen der Einigung des § 873, bei denen die Abgabe der Einigungserklärungen beider Teile vor dem Grundbuchamte nicht erforderlich ist, gilt mit der Rechtskraft des Urteils gegen den einen Teil die Einigung ohne weiteres als vollzogen, da die Einigungserklärung des andern Teiles bereits in der Klage enthalten ist. Daß der Verurteilte an die durch das Urteil ersetzte Erklärung gebunden ist und ein Widerruf nicht stattfindet, folgt aus dem Wesen eines rechtskräftigen Urteils (M 3, 197). Soll in diesen Fällen eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen (was z. B. bei der Übertragung einer Briefhypothek zur Bewirkung der Rechtsänderung nicht erforderlich ist: A 12; OLG 1, 364), so genügt formellrechtlich zur Vornahme der Eintragung die Verurteilung des Passivbeteiligten zur Bewilligung der Eintragung im Sinne des § 19 GBO. Dabei braucht die Urteilsformel nicht notwendig die Worte „Bewilligung der Eintragung" zu enthalten. Es genügt, wenn aus dem gesamten Urteile im Wege der Auslegung (§ 133) zweifelsfrei zu ersehen ist, daß und hinsichtlich welcher Rechtsänderung die Verurteilung zur Eintragungsbewilligung ausge-

sprochen sein soll (**RG** 48, 400; KGJ 21 A 281). Das Urteil ersetzt auch die für die Eintragungsbewilligung im § 29 Abs 1 GBO vorgeschriebene Form. Der Aktivbeteiligte kann unter Vorlegung des mit Rechtskraftzeugnis versehenen Urteils durch formlosen Antrag (§§ 13, 30 GBO) die Eintragung herbeiführen. Er muß aber selbstverständlich die auch im Falle der freiwilligen Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten sonst etwa noch zur Eintragung erforderlichen Nachweise erbringen. Der Grundbuchrichter hat die sachliche Richtigkeit des Urteils nicht nachzuprüfen. Ihm liegt aber trotz des Urteils ob zu prüfen, ob der zur Bewilligung der Eintragung Verurteilte berechtigt ist, über das Recht, das geändert werden soll, zu verfügen; denn das Urteil ersetzt nur die Abgabe der Willenserklärung (KGJ 51, 194; OLG 39, 210). Wegen der Genehmigung von Behörden und von dritten Personen s. § 925 A 11. Soll die Eintragung gegen einen andern als den Verurteilten erfolgen, so muß eine gegen den andern erteilte Vollstreckungsklausel (§§ 727 bis 730 ZPO) beigebracht werden, soweit nach den Vorschriften der ZPO überhaupt ein Urteil gegen einen andern als den Schuldner wirksam und eine Zwangsvollstreckung zulässig ist (z. B. gegen einen Rechtsnachfolger, einen Nacherben, einen Erben im Verhältnisse zum Testamentsvollstrecker nach Maßgabe der §§ 325—327 ZPO). Über den Fall der Abhängigkeit der Urteilsvollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Gegenleistung (§ 726 Abs 2 ZPO) s. § 925 A 11.

8. Der **Berechtigte** im Sinne des § 873 ist der Passivbeteiligte, also derjenige, der Grundeigentum überträgt oder mit einem Rechte belastet oder ein solches Recht überträgt oder belastet. Er ist der nämliche wie der, dessen Recht im Sinne des § 19 GBO von der Eintragung der Rechtsänderung betroffen wird (KGJ 37 A 287; 43, 229; RJA 12, 162). Regelmäßig ist er der Inhaber des Rechts; ausnahmsweise der Inhaber der Verfügungsmacht, nämlich dann, wenn die Verfügungsmacht einem andern als dem Inhaber des Rechts zusteht (KGJ 37 A 286; 43, 256; JFG 1, 340). Berechtigte der letzteren Art sind Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Konkursverwalter, welche die Verwaltung über Sondermassen kraft Amtes ausüben (KGJ 33 A 164; 40, 278; JFG 1, 340), auch der Ehemann und der überlebende Ehegatte im Güterstande der Gütergemeinschaft, da sie aus eigenem Recht und in eigenem Namen über das gemeinschaftliche Vermögen zur gesamten Hand für die Gemeinschaften verfügen dürfen (KGJ 22 A 134; JFG 1, 340). Damit die Einigungserklärung des Berechtigten in Verbindung mit der Erklärung des andern Teiles und der Eintragung die Rechtsänderung herbeiführt, muß der Berechtigte **befugt sein, über das Grundstück oder das Recht am Grundstück zu verfügen** (**RG** 54, 364; 106, 139; RJA 9, 274). Denn die Einigung ist eine Verfügung (RJA 9, 275; 12, 162). Hierunter versteht das BGB in den zahlreichen Vorschriften (vgl. z. B. §§ 135, 137, 161, 184, 185, 883, 892, 893, 1048, 1074, 1124, 1126, 1165, 1189, 1282, 2033 und verschiedentlich auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts), in denen es von einer „rechtsgeschäftlichen Verfügung" spricht, im Gegensatze zu dem eine Verpflichtung zur Verfügung begründenden (schuldrechtlichen) Rechtsgeschäfte einen Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft, wodurch unmittelbar das Eigentum oder ein Recht an einer Sache oder auch sonst ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben werden soll (**RG** 49, 416; RJA 2, 250; 9, 276; KGJ 23 A 136; OLG 5, 418; 7, 8). Ein solcher Vertrag ist die Einigung des § 873, wie überhaupt der dingliche Vertrag, auch bei beweglichen Sachen (s. A 7), während z. B. die Rechtsaufhebungserklärung des Berechtigten im § 875 eine einseitige rechtsgeschäftliche Verfügung ist (RJA 9, 275). Allerdings muß zur Vollendung der Rechtsänderung noch ein anderer Tatumstand, die Eintragung (bei beweglichen Sachen die Übergabe), hinzutreten. Dieser Tatumstand ist aber nicht rechtsgeschäftlicher Natur und kann daher nicht zu den Begriffsmerkmalen der rechtsgeschäftlichen Verfügung gehören. Wenn diese auch ohne Hinzutritt der Eintragung (der Übergabe) den verfolgten Zweck nicht erreicht, so bleibt sie deshalb doch immer eine Verfügung, die nicht wirkungslos ist. Im Sinne des § 873 ist daher bereits die Einigungserklärung des Berechtigten in Verbindung mit der des andern Teiles eine Verfügung; eine solche liegt nicht etwa erst dann vor, wenn auf Grund der Einigung die Eintragung der Rechtsänderung erfolgt ist (str.; RJA 9, 276; OLG 7, 50; JFG 2, 412). Das ist wichtig für den Fall, daß ein Nichtberechtigter die verfügende Einigungserklärung abgibt. Diese Erklärung kann gemäß § 185 Abs. 2 durch Genehmigung des Berechtigten schon vor der Eintragung Wirksamkeit erlangen (**RG** 54, 362; JW 1911, 976[8]; RJA 2, 250; KGJ 21 A 150; 26 A 145; OLG 5 S. 418, 419; SeuffA 57 Nr 10). Über Erteilung der Genehmigung des Berechtigten zu der Auflassung eines Nichtberechtigten und über die erforderliche Zustimmung Dritter zu der Auflassungserklärung vgl. § 925 A 7, 11. Solange der Berechtigte die Genehmigung nicht erteilt hat, ist die verfügende Einigungserklärung des Nichtberechtigten und die auf Grund der Einigung etwa erfolgte Eintragung unwirksam (**RG** 54, 365; 106, 139; OLG 8, 188). Bestellt ein Nichtberechtigter (z. B. der Käufer vor der Auflassung) ein Recht am Grundstück (z. B. Hypothek, Vorkaufsrecht), so wird die Einigung zwischen ihm und dem andern Teile durch späteren Erwerb des Grundstücks (Eintragung seines Eigentums) gemäß § 185 Abs 2 (Erwerb des Gegenstandes) wirksam (**RG** 77, 87; OLG 5, 418). Abgesehen hiervon müssen das Recht und die Verfügungsmacht des Berechtigten bis zur Vollendung der Rechtsänderung fortdauern; sie müssen also, wenn zur Rechtsänderung die Eintragung erforderlich ist, noch zur Zeit der Eintragung,

bei der Abtretung einer Briefhypothek (§ 1154 Abs 1) noch zur Zeit der Briefübergabe vorhanden sein (KGJ 37 A 289; 40, 278; JFG 1, 341). Dies gilt auch für solche Verfügende, denen die Verfügungsmacht kraft Amtes zusteht, ohne daß sie selbst Inhaber des Rechts sind (s. oben). Wenn z. B. nach der Eintragungsbewilligung des Konkursverwalters der Konkurs aufgehoben wird, so ist zur Vornahme der Eintragung eine neue Bewilligung des bisherigen Gemeinschuldners als des nunmehr Berechtigten erforderlich (OLG 26, 4; RJA 12, 158; JFG 1, 341). Daß gleiches aber auch für verfügungsberechtigte Verwalter von ehelichem Gesamtgut (s. oben) zu gelten hätte, ist wenigstens dann nicht anzunehmen, wenn das Recht der andern, von den Verfügenden zugleich vertretenen Gemeinschafter bis zur Vollendung der Rechtsänderung fortbesteht; daher ist es z. B. unschädlich, wenn ein solcher Verfügender nach der von ihm erklärten Eintragungsbewilligung stirbt (JFG 1, 338). Vgl. auch § 878 über Einflußlosigkeit einer nachträglichen Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung. — Der Passivbeteiligte kann auch dann Berechtigter sein, wenn er im Grundbuch als solcher nicht eingetragen ist. So ist z. B. Berechtigter: der nicht eingetragene Erbe (§ 1922) des als Inhaber des Rechtes noch im Grundbuch eingetragenen Erblassers; der als Hypothekengläubiger nicht eingetragene Eigentümer oder persönliche Schuldner, auf den eine Hypothek kraft Gesetzes übergegangen ist (§§ 1143, 1163, 1164, 1168 usw.; vgl. dazu RG 52, 258; OLG 8, 188). Ein solcher Berechtigter kann materiell wirksam verfügen, ohne sich zuvor als Berechtigter eintragen zu lassen. § 873 macht die Wirksamkeit der Einigung nicht von der Eintragung des Passivbeteiligten abhängig, sondern erfordert nur, daß der Passivbeteiligte wirklich Berechtigter ist (Prot 3, 54; RG 54, 364; OLG 8, 189). Über die Wirkungen einer Erklärung, die der in Wirklichkeit allein Passivbeteiligte als vermeintlich nur Mitberechtigter abgibt, siehe RG 125, 131. Allerdings soll nach § 40 Abs 1 GBO (Ausnahmefälle: §§ 40 Abs 2, 41) eine Eintragung nur erfolgen, wenn der Passivbeteiligte als Berechtigter eingetragen ist. Dies ist jedoch nur eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeobachtung auf die Wirksamkeit der Eintragung oder gar der Einigung keinen Einfluß ausübt. Immerhin sind die Fälle, in denen der Passivbeteiligte ohne Eintragung Berechtigter ist, Ausnahmefälle. In der Regel kann der Passivbeteiligte nicht anders Berechtigter geworden sein als durch rechtsgeschäftlichen Erwerb nach Maßgabe des § 873; dann muß er als Inhaber des Rechtes eingetragen sein. Daher ist in solchen Regelfällen der Passivbeteiligte vor seiner Eintragung auch dann Nichtberechtigter, wenn er sich schon mit dem Inhaber des Rechtes über die Rechtsänderung zu seinen Gunsten geeinigt hat, wenn er z. B. von dem eingetragenen Gläubiger eine Buchhypothek übertragen erhalten hat (§§ 1154 Abs 3, 873; RG 54, 365). Die aus dem Mangel der Eintragung folgende Nichtberechtigung kann aber durch die vorherige Einwilligung oder die nachträgliche Genehmigung des Berechtigten geheilt werden. Der Passivbeteiligte wird hierdurch zwar nicht Berechtigter, seine Verfügung erlangt aber nach § 185 Abs 1, 2 in der Weise Wirksamkeit, wie wenn sie von vornherein von dem Berechtigten selbst vorgenommen worden wäre (RG 54, 366; SeuffA 57 Nr 7; RJA 2, 250; 3, 263; OLG 5, 418; 5, 420; 7, 49; KGJ 47, 158). Hat z. B. der Erwerber eines Grundstücks nach der ihm von dem Eigentümer erteilten Auflassung das Grundstück an einen weiteren Erwerber aufgelassen, so kann der Zweiterwerber ohne Eintragung des Ersterwerbers als Eigentümer eingetragen werden, sofern der Erstveräußerer zu der Auflassung an den Zweiterwerber seine Einwilligung oder Genehmigung erteilt hat (KGJ 47, 158). Sofern nicht besondere Umstände für das Gegenteil sprechen, wird die Einwilligung des Erstveräußerers ohne weiteres in der dem Ersterwerber erteilten Auflassung zu finden sein (KGJ 47, 161). Über die Pflicht des Grundbuchamts zur Prüfung der Verfügungsbefugnis des Passivbeteiligten s. Vorbem 3. — Wird die Einigungserklärung des Passivbeteiligten gemäß § 894 ZPO durch Urteil ersetzt (s. A 7 e „Ersatz der Einigung"), ist aber sein Recht nicht im Grundbuch eingetragen oder fehlen Urkunden zum Nachweise seines Rechts, so werden dem Aktivbeteiligten Hilfsmittel gegeben durch § 14 GBO zur Herbeiführung der Eintragung und durch §§ 792, 896 ZPO zur Beschaffung der Urkunden (z. B. eines Erbscheins). Hat der Aktivbeteiligte einen vollstreckbaren Titel gegen den Passivbeteiligten und steht diesem ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) gegen einen zu Unrecht als Rechtsinhaber eingetragenen Dritten zu, so kann jener sich den Anspruch überweisen lassen und dann gegen den Dritten auf Bewilligung der Eintragung des Passivbeteiligten klagen (RG 59, 293; 64, 165; OLG 2, 152; 7, 315; 10, 388; 13, 12; 14, 185).

9. Der **andere Teil**, der bei der Einigung mitwirken muß, ist derjenige, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung herbeigeführt werden soll, der Aktivbeteiligte. Er ist nach § 13 Abs 2 GBO auch zum Antrage auf Eintragung der Rechtsänderung berechtigt. Da die Einigung ein (zweiseitiger) Vertrag ist, kann nicht dieselbe Person zugleich Passivbeteiligter und Aktivbeteiligter sein. Vgl. hierüber, über die Ausnahmen der §§ 1009, 1196 und darüber, daß unter gewissen Voraussetzungen die beiden Beteiligten bei der Einigung, insbesondere der Auflassung, durch dieselbe Person vertreten werden können, A 7 a und § 925 A 11. Ist ein Vertreter für einen tatsächlich nicht vorhandenen Aktivbeteiligten aufgetreten, hat z. B. der Grundstückseigentümer mit dem vermeintlichen Vertreter einer nicht zur Entstehung gelangten Gesellschaft m. b. H. die Eintragung einer Hypothek für die Gesellschaft vereinbart, so ist die Einigung nichtig (JFG 2,

340). Dasselbe gilt, wenn der als Vertreter Aufgetretene (z. B. die Handelsvertretung eines ausländischen Staates) keine Rechtspersönlichkeit besitzt (OLG. 43, 211). — Soll eine Hypothek und zugleich ein Nießbrauch an der Hypothek (z. B. durch Zuweisung des Zinsgenußrechts) bestellt werden, so müssen materiellrechtlich der Eigentümer, der Hypothekengläubiger und der Nießbraucher bei der Einigung mitwirken (RG Warn 1913 Nr 260). Formellrechtlich genügt aber die Eintragungsbewilligung des Eigentümers allein, da er dem Gläubiger die Hypothek nur mit der Einschränkung bestellt, daß einem Dritten der Nießbrauch zusteht; mithin erscheint nur er, nicht auch der Gläubiger als Passivbeteiligter im Sinne des § 19 GBO (KGJ 43, 227). — Wegen der Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Bergwerk auf eine zugleich zu begründende Gewerkschaft vgl. KGJ 30 A 180.

10. Außer der Einigung ist zur Herbeiführung der Rechtsänderungen, die unter § 873 fallen, die **Eintragung der Rechtsänderung** notwendig. Fehlt eines der beiden Erfordernisse, so tritt die Rechtsänderung nicht ein; insbesondere hat die Eintragung keine Wirkung, wenn ihr nicht eine Einigung vorangegangen ist oder nachfolgt (RG 70, 356; KGJ 21 A 157; JFG 4, 321). Die Eintragung begründet dann zwar gemäß § 891 eine Vermutung für das Bestehen des eingetragenen Rechtes; diese Vermutung wird aber durch den Nachweis des Fehlens der Einigung widerlegt. Der durch die Eintragung Verletzte hat gegen den Aktivbeteiligten nicht etwa bloß einen persönlichen Anspruch auf Beseitigung der Eintragung, wie wenn diese an sich zu Recht bestände, sondern die Eintragung ist ohne Einigung nichtig, und dem Verletzten steht gegen den durch sie Begünstigten ein dinglicher Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 zu, soweit nicht ein inzwischen erfolgter Rechtserwerb eines Dritten im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht (RG 70, 356). Über die andrerseits dem Passivbeteiligten auch nach der Einigung verbleibende Verfügungsbefugnis, solange die Eintragung nicht bewirkt ist, vgl. A 13. Ist die Einigung wegen Fehlens der erforderlichen behördlichen Genehmigung unwirksam und wird die trotzdem erfolgte Eintragung im Wege der Grundbuchberichtigung wieder beseitigt, so hat die späterhin erteilte behördliche Genehmigung zwar zur Folge, daß die (noch nicht kondizierte) Einigung rückwirkend rechtswirksam wird; zum Rechtsübergang ist aber eine neue Eintragung erforderlich, da bis dahin niemals eine wirksame Einigung und eine wirksame Eintragung zeitlich zusammengetroffen sind (RG 131, 97). Erfolgt die Einigung erst nach der Eintragung (A 7 c), so ist die Rechtsänderung erst mit diesem Zeitpunkt wirksam vollzogen (RG 139, 129). Wenn jedoch durch die Eintragung das Grundstück zugunsten des Aktivbeteiligten mit einem Rechte belastet worden ist, gilt nach § 879 Abs 2 hinsichtlich des Ranges dieses Rechtes insofern eine Ausnahme, als für das Rangverhältnis die Eintragung auch dann maßgebend ist, wenn die Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist. — Die Eintragung muß mit der Einigung in innerem Zusammenhang stehen. Beide müssen dieselbe Rechtsänderung zum Gegenstande haben. Denn § 873 erfordert zur Vollziehung der Rechtsänderung Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung und Eintragung gerade dieser Rechtsänderung. Einigung und Eintragung müssen sich also im Inhalt der Rechtsänderung decken (str.; RG 139, 130; KGJ 51, 190; JW 1925, 2617[4]; RG JRdsch 1926 Nr 804). Wenn somit zur Zeit der Einigung über eine Rechtsänderung zwar eine Eintragung gleichen Inhalts bereits vorhanden, aber aus anderer rechtlicher Veranlassung erfolgt ist, so ist zu der Rechtsänderung eine neue Eintragung erforderlich; durch die Einigung ohne neue Eintragung ist die Rechtsänderung nicht vollzogen (KGJ 51, 190; OLG 45, 186; vgl. wegen der Auflassung das Beispiel in § 925 A 5). Stimmt das Eingetragene nicht mit dem Inhalt der Einigung überein, so ist das eingetragene Recht nicht zur Entstehung gelangt; das Grundbuch ist unrichtig (RG 108, 149; KGJ 53, 174), sofern nicht der Eintragung eine Einigung folgt oder dem Verhalten der Beteiligten zu entnehmen ist, daß das vermerkte Recht so, wie es eingetragen steht, Bestand haben soll (RG 108, 148), oder im Sinne einer Umgestaltung nach § 140 anzunehmen ist, die Beteiligten würden bei Kenntnis der Nichtigkeit das Recht auch ohne den nicht eingetragenen Teil (z. B. bei einer Hypothek ohne die vereinbarte, aber nicht eingetragene Kündigungsbestimmung oder Goldklausel: s. § 1115 A 8) haben begründen wollen (RG 108, 149; KGJ 42, 260; 53, 175; § 874 A 2). Ist jedoch — abgesehen von den Fällen der Übertragung des Eigentums (§ 925 Abs 2) und des Erbbaurechts (VO v. 15. 1. 19 § 11) — eine dem dinglichen Recht gesetzte Bedingung oder Befristung nicht eingetragen oder wegen unzulässiger Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung als nicht eingetragen anzusehen (§ 874 A 2, 4), so ist das Recht trotzdem als bedingtes oder befristetes entstanden, da nur insoweit die erforderliche Einigung vorliegt und die Eintragung weitergehend ein unbeschränktes Recht enthält; die Nichteintragung der Bedingung oder Befristung hat nur die Folge, daß diese Beschränkung nach §§ 892 ff. gegenüber gutgläubigen Dritten ohne Wirkung ist (str.; RG 106, 113). Ist die Eintragung einer Verkehrshypothek bewilligt, versehentlich aber nur eine Sicherungshypothek (§ 1184) eingetragen worden, so ist die Sicherungshypothek als das mindere Recht (§ 1185) gegenüber dem gewollten Vollrecht der gewöhnlichen Verkehrshypothek (§§ 1113, 1138, 1141, 1156) wirksam begründet; denn die Beteiligten waren für alle Fälle über den jeder Hypothek eigenen Inhalt nach § 1113 Abs 1 einig (RG 123, 169). Ist bei der Auflassung das Grundstück irrig bezeichnet worden und stimmt daher die daraufhin erfolgte

Eintragung des Eigentumsübergangs mit dem wirklichen Willen aller Beteiligten nicht überein (sind z. T. bei der Auflassung von zwei Parzellen eines Grundstücks an A und B die Parzellennummern verwechselt und daraufhin A als Eigentümer der für B bestimmten und B als Eigentümer der für A bestimmten Parzelle eingetragen worden), so ist die Auflassung nicht nichtig (s. § 925 A 6), wohl aber die Eintragung; wird die unrichtige Bezeichnung durch übereinstimmende Erklärungen der Beteiligten oder durch Urteil festgestellt, so kann die erfolgte Eintragung im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 22 GBO) beseitigt und die Eintragung des Erwerbers auf dem richtigen Grundstück vorgenommen werden (RG 60, 340; OLG 40, 260). Jedoch soll nach § 40 Abs 1 GBO vor der Berichtigung auf den Erwerber zunächst noch einmal der Veräußerer als Eigentümer eingetragen werden (RG 133, 279). — Im Sinne des AufwG ist eine „durch Hypothek gesicherte" Forderung erst mit der Eintragung der Hypothek entstanden. Daher wird die persönliche Forderung nur dann nach § 9 AufwG aufgewertet, wenn die Hypothek vor dem 14. 2. 1924 (§ 1) eingetragen war (RG 131, 51). — Über die **Voraussetzungen, unter denen eine Eintragung** vom Grundbuchamte **vorgenommen werden darf,** trifft nicht das BGB, sondern die GBO Bestimmungen, die nur als Ordnungsvorschriften gelten. Insbesondere kommen in Betracht: § 19, Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten, nebst der Ausnahme für die Auflassung in § 20 und den Abweichungen in den §§ 21—27; § 13, Antrag des Passivbeteiligten oder des Aktivbeteiligten auf Eintragung; § 40 Abs 1, vorherige Eintragung des Passivbeteiligten, nebst den Ausnahmen in §§ 40 Abs 2, 41; § 29, Form der Eintragungsbewilligung und der sonstigen Voraussetzungen für die Eintragungen. Reicht ein Notar, der nach § 15 GBO als bevollmächtigt gilt, dem Grundbuchamt Eintragungsurkunden ein, in denen von den Beteiligten Anträge auf Eintragung von Rechtsänderungen gestellt sind, so darf er in seinem an das Grundbuchamt gerichteten Eintragungsantrag von den Anträgen der Beteiligten nicht abweichen (KGJ 22 A 296; 25 A 301; OLG 5, 293; 7, 190; 8, 303; 10, 421; 21, 346), auch nicht in der Weise, daß er seinerseits von den mehreren in derselben Urkunde enthaltenen, miteinander zusammenhängenden Eintragungsanträgen der Beteiligten nur den einen oder den andern stellt (RG Warn 1916 Nr 279). Das Grundbuchamt hat auch im letzteren Falle den Antrag des Notars abzulehnen, es sei denn, daß die besondere Sachlage die Annahme rechtfertigt, daß auch nach dem Willen der Beteiligten vorderhand nur die Eintragung der einen Rechtsänderung herbeigeführt werden sollte (RG Warn 1916 Nr 279). — Die Einrichtung der Grundbücher und damit auch die Stelle, an der die einzelnen Eintragungen ihren Platz erhalten, ist durch § 1 Abs 2 GBO der Bestimmung der Landesjustizverwaltung überlassen. Die demgemäß gegebenen Vorschriften darüber, welche Eintragungen in die einzelnen Abteilungen gehören, sind aber nur Ordnungsvorschriften. Ein Verstoß dagegen macht die Eintragung nicht unwirksam (RG 54, 248; 55, 343; 94, 7; JW 07, 291[53]); sie ist selbst dann nicht unwirksam, wenn zugleich das Recht vom Grundbuchrichter unrichtig bezeichnet ist, sofern nur der Inhalt des Rechtes aus dem Eintragungsvermerk erkennbar ist (z. B. wenn ein Recht, das nach der Eintragungsbewilligung alle Kennzeichen einer Hypothek enthält, als Last in die Abteilung für Lasten statt in die für Hypotheken eingetragen ist: RG 94, 8). In solchen Fällen kann die Eintragung dadurch richtiggestellt werden, daß das Recht mit dem bisherigen Range in die richtige Abteilung und mit der richtigen Bezeichnung eingetragen wird (RG 94, 9). — Der **Inhalt der bewirkten Eintragung,** des Eintragungsvermerks, muß, um die Rechtsänderung materiell wirksam zu vollziehen, derart vollständig und bestimmt sein, daß die Rechtsänderung, auch hinsichtlich der Person des Berechtigten, für Dritte zweifelsfrei erkennbar ist (OLG 21, 42; 22, 380; 23 S. 321, 345; auch RG 113, 230). Ist eine Eintragung in einem wesentlichen Punkte derart unklar, daß nicht ersehen werden kann, was eigentlich eingetragen ist, so kann sie sogar ihrem Inhalte nach unzulässig im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO sein (RG 113, 231). Jedoch unterliegt die Eintragung der Auslegung gemäß § 133 BGB (vgl. oben A 7 a gegen Ende), da sie zwar keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist, aber auf einer solchen, nämlich der Eintragungsbewilligung, beruht. Soll anstelle des Erblassers seine Witwe als Vorerbin und seine Kinder, welche in dem vorgelegten öffentlichen Testament nicht namentlich bezeichnet sind, als Nacherben eingetragen werden, so hat das Grundbuchamt darauf zu halten, daß ihm ein Erbschein (§ 36 GBO) vorgelegt wird, in dem die Nacherben einzeln bezeichnet sind (JFG 7, 267). Handelt es sich um Eintragung der Übertragung eines eingetragenen Rechtes am Grundstücke (z. B. einer Hypothek), so wird dem Erfordernis der Klarheit und Bestimmtheit nicht genügt durch Hinzufügung eines einfachen „Übertragungs"vermerks auf den neuen Erwerber; vielmehr ist der bestimmte materielle Übertragungsakt (Abtretung, richterliche Überweisung, Gesetz) anzugeben (KGJ 40 A 270). Im Falle der Belastung des Grundstücks oder eines Rechts an diesem wird der gesamte Inhalt und Umfang der Belastung im Grundbuch zum Ausdrucke gebracht werden müssen, es sei denn, daß die vereinbarte Belastung nichts Weiteres als die im BGB getroffene Regelung enthält; im letzteren Falle wird die einfache Benennung des Rechtes nach dem BGB (z. B. Nießbrauch, Vorkaufsrecht) genügen. Jedoch ist im § 874 für die Belastung des Grundstücks im allgemeinen, im § 1115 für die Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek und im § 885 Abs 2 für die Eintragung einer Vormerkung im Interesse der Entlastung des Grundbuchs nachgelassen, daß die Eintragung in gewissem Umfange durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung

oder die einstweilige Verfügung bewirkt wird. Anderseits hat das Grundbuchamt die in den §§ 45, 48—51 GBO für den Inhalt der Eintragungsvermerke gegebenen Ordnungsvorschriften zu beachten, auch soweit sie über die materiellrechtlich zu stellenden Erfordernisse hinausgehen (RG 94, 7). Wenn für eine Forderung, für die bereits eine Hypothek an einem Grundstück besteht, noch eine Hypothek an einem zweiten Grundstück bestellt werden, also eine Gesamthypothek entstehen soll, so richtet sich die Art der Eintragung danach, ob das zweite Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt hat oder mit dem ersten als selbständiges Grundstück auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt verzeichnet ist; vgl. hierzu § 1132 A 4. — Wer als Berechtigter eingetragen werden kann und in welcher Weise der Berechtigte bei der Eintragung zu bezeichnen ist, darüber vgl. das in § 1115 A 3 für den Hypothekengläubiger Bemerkte. Da die Rechtsfähigkeit des Menschen mit dem Tode endigt, kann ein Verstorbener als Berechtigter nicht eingetragen werden. Das gilt auch dann, wenn der Tod erst nach Einreichung der Eintragungsbewilligung und Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt eingetreten ist. Wenn das Grundbuchamt aber bei diesem Sachverhalt in Unkenntnis des Todes die Eintragung des Verstorbenen bewirkt hat, so ist die Eintragung nicht unwirksam, vielmehr gilt das eingetragene Recht für den Erben des Verstorbenen, da er in die Rechtsstellung des Verstorbenen, die sich aus der eingegangenen Eintragungsbewilligung und dem Eintragungsantrag ergab, eingetreten ist und der Vermerk des Verstorbenen in Wahrheit den Erben, nur unter einer nicht zutreffenden Bezeichnung, begreift (str.; RG JW 1926, 1955[8]). Eintragung des verstorbenen Erstehers in der Zwangsversteigerung ist zugelassen in JW 1933, 705[5]. — Eine Änderung der von den Grundbuchbeamten abschließend vollzogenen und den Beteiligten bekannt gegebenen Eintragung ist unzulässig (RG 57, 284; RG 21. 2. 31 V 72/30; noch enger JW 1932, 1228[3]). Hat das Grundbuchamt die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen und ist dadurch das Grundbuch unrichtig geworden, so ist nach § 54 Abs 1 S. 1 GBO von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen. Aber auch eine Ergänzung eines Eintragungsvermerks kann, wenn die Eintragung unrichtig ist, auf Grund eines nachträglichen Rechtsakts vom Grundbuchamt vorgenommen werden. Dagegen hat das Grundbuchamt die Ergänzung eines Eintragungsvermerks abzulehnen, der wegen Fehlens einer wesentlichen Angabe inhaltlich unzulässig ist, da es nach § 54 Abs 1 Satz 2 GBO die inhaltlich unzulässige Eintragung von Amts wegen löschen müßte (KGJ 44, 182; 46, 204). Hat das Grundbuchamt aber die Ergänzungseintragung trotzdem vorgenommen und ergibt sich nunmehr aus dem Zusammenhalt beider Eintragungen eine inhaltlich zulässige Rechtseintragung, so ist die Eintragung der Rechtsänderung als wirksam erfolgt zu erachten (KGJ 46, 205), wenn nicht der einheitlichen Lesung der beiden Vermerke der Mangel des örtlichen Zusammenhangs entgegensteht (JFG 9, 194). — Über Unzulässigkeit der Eintragung von Rechten, die nicht in den nach dem BGB geschlossenen Kreis der eintragungsfähigen Rechte fallen, vgl. Vorbem 2 „Eintragungen".

11. Bezüglich des **Grundbuchs** vgl. Vorbem 1 „Einrichtung der Grundbücher". Das Grundbuchblatt, das nach § 3 GBO für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des BGB anzusehen ist, ist das Grundbuchblatt über dasjenige Grundstück, das von der Rechtsänderung betroffen wird. Dies ist besonders bedeutsam für subjektiv-dingliche Rechte, d. i. nach dem Sprachgebrauch des BGB für Rechte zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks (§§ 1018, 1094, 1105: Grunddienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Reallast), auch Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind (§ 96: sie gelten als Bestandteile des Grundstücks; s. über solche Rechte § 96 A 1). Sind solche Rechte zugleich objektiv-dingliche Rechte an einem Grundstück, d. i. belasten sie ein anderes Grundstück (wie die genannten Rechte des BGB, §§ 1018, 1094, 1105), so ist für die Frage ihres Bestehens und für ihren Inhalt das Grundbuchblatt über dieses Grundstück das maßgebende (RG 104, 319). Zwar sind nach § 8 GBO solche Rechte auf Antrag auch auf dem Blatte über das berechtigte Grundstück zu vermerken, und die Vermerke sind vom Grundbuchamt von Amts wegen zu berichtigen, wenn die Rechte geändert oder aufgehoben werden. Jedoch haben die Vermerke nur nachrichtliche Bedeutung; sie stehen nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs; bei Verschiedenheit ihres Inhalts von dem der Eintragung auf dem belasteten Grundstück ist diese Eintragung entscheidend (RG 19. 11. 28 VI 50/28). Daher muß die zu ihrer Begründung oder zur Änderung ihres Inhalts erforderliche Eintragung auf dem Blatte über das zu belastende oder das belastete Grundstück erfolgen, während es für den Eintritt der Rechtsänderung einflußlos ist, wenn die Begründung oder die Inhaltsänderung auf dem Blatte über das herrschende Grundstück nicht vermerkt wird.

12. Etwas **anderes** als im § 873 Abs 1 wird bei rechtsgeschäftlichen (A 1) Rechtsänderungen, die an sich unter § 873 fallen, **vom Gesetz vorgeschrieben** für das Erfordernis der Einigung: bei der Bestellung einer Hypothek für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 1188), einer Grundschuld auf den Inhaber (§§ 1192, 1195), einer Grundschuld für den Eigentümer (§ 1196). In diesen Fällen genügt auch materiell-rechtlich die einseitige Erklärung des Eigentümers, also des Passivbeteiligten, gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek, die Grundschuld bestelle oder daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden solle. Vgl. jedoch KGJ 40 A 244, wonach § 1196 keine Ausnahme enthalten soll, weil § 873 das Vorhandensein zweier beteiligter

Personen (Berechtigter und Erwerber) voraussetze. Ferner bestimmt das Gesetz Abweichendes für das Erfordernis der Eintragung: bei der Übertragung einer Briefhypothek und einer Briefgrundschuld (§§ 1154 Abs 1, 1192; RG 69, 279), bei der Belastung dieser Rechte mit einem Nießbrauch (§ 1069) oder mit einem Pfandrechte (§§ 1274, 1291), bei der Übertragung und Belastung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem begebbaren Papier und einer Grundschuld für den Inhaber des Briefes (§§ 793, 1069, § 1187 Satz 3, §§ 1195, 1274, WO Artt 9ff., HGB §§ 363—365). Zum Eintritt dieser Rechtsänderungen bedarf es der Eintragung nicht. Hier ist auch zu erwähnen der Fall, daß ein subjektiv- und objektiv-dingliches Recht (§§ 1018, 1094, 1105) bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb des Eigentums am herrschenden Grundstück nach § 96 als Bestandteil dieses Grundstücks auf den Erwerber mit übergeht. Eine Eintragung auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks, die erforderlich wäre, wenn das Recht geändert oder aufgehoben würde (A 11), findet in diesem Falle nicht statt, da von vornherein der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks als der Berechtigte gilt, insoweit also eine Rechtsänderung nicht erfolgt (RG 104, 319). Ferner ist die Eintragung nicht erforderlich für die besonderen bergrechtlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte (z. B. Schürf- und Bohrrechte), die nach § 8 PrAllgBergG im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können und nach Art 22 Nr 2 PrAG.BGB zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, und zwar auch dann nicht, wenn sie im Einzelfalle gemäß § 5 AllgBergG durch freiwillige Gestattung des Grundeigentümers erworben sind (RG 97, 38).

13. Die Beteiligten sind an die Einigung gebunden, wenn die Eintragung, sei es nachher sei es vorher, bewirkt ist (s. A 7 c „Form der Einigung") oder wenn die Einigung in einer der im Abs 2 bezeichneten Formen stattgefunden hat. Der gesetzgeberische Grund für die Bestimmung des Abs 2 ist, daß einerseits nach erfolgter Eintragung ein Widerruf der Einigung als wider Treu und Glauben verstoßend ausgeschlossen, anderseits durch eine Vorschrift, die die Unwiderruflichkeit vor der Eintragung von der Beobachtung gewisser Formen abhängig machte, übereilten und leichtfertigen Verfügungen über Rechte an Grundstücken vorgebeugt werden sollte (M 3, 175; Prot 3, 60ff.). Abs 2 enthält keine Formvorschrift. Die Einigung ist nicht nichtig, wenn sie in keiner der Formen des Abs 2 vollzogen ist (§ 125); auch die formlose Einigung führt zur wirksamen Rechtsänderung, sofern die Eintragung hinzutritt; auch die von vornherein bindende Einigung bedarf des Hinzutretens der Eintragung, um die Rechtsänderung zu bewirken. Lediglich in der Unwiderruflichkeit der Einigung vor erfolgter Eintragung hat die Vorschrift ihre Bedeutung (vgl. A 7 c). Die in der Form des Abs 2 erklärte Einigung hat nicht die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung. Durch die Beobachtung der Form ist die Einigung zwar bindend geworden, aber mit keiner andern Wirkung, als sie sonst einem bindenden Vertrage zukommt (RG 55, 352; 113, 407). Trotz der bindenden Einigung bleibt der Passivbeteiligte Inhaber des Rechtes, solange noch nicht die Eintragung bewirkt ist; er ist nach wie vor materiellrechtlich Dritten gegenüber zur anderweiten Verfügung über das Recht befugt; die Bindung gegenüber dem andern Teile, die für sich allein keine Rechtsänderung herbeiführt, hindert ihn daran nicht (RG 55, 342; 66, 288; 73, 53; KGJ 38 A 276; 49, 152; OLG 29, 321; JFG 2, 342). Daher kann er z. B.: wenn er mit dem Aktivbeteiligten die Bestellung einer Hypothek auf seinem Grundstücke bindend vereinbart hat, eine Hypothek für einen andern Gläubiger eintragen lassen; eine unter bindender Einigung abgetretene Buchhypothek an einen andern übertragen und diese Übertragung durch Eintragung vollziehen lassen. Über den Schadensersatzanspruch des Aktivbeteiligten gegen den Dritten, der hierbei gegen die guten Sitten verstößt (§ 826), vgl. RG 62, 137; 111, 102. Hat der Aktivbeteiligte auf Grund der bindenden Einigung bereits den Eintragungsantrag (§ 13 GBO) gestellt, so darf nach formellem Grundbuchrecht das Grundbuchamt einem auf Grund anderweiter Verfügung des Passivbeteiligten über das Recht gestellten Eintragungsantrag nicht stattgeben. Nach § 17 GBO hat es zunächst den ersten Antrag zu erledigen; dann ist zufolge der bewirkten Eintragung der Passivbeteiligte nicht mehr Berechtigter. Gibt aber das Grundbuchamt versehentlich dem zweiten Antrage statt, so ist damit materiellrechtlich die Rechtsänderung gemäß diesem Antrage wirksam vollzogen; und zwar gleichviel, ob der zweite Aktivbeteiligte in gutem Glauben war oder nicht, da nach dem maßgebenden Grundbuche der Passivbeteiligte zur Zeit der Eintragung noch Berechtigter war (RG 73, 53). Hat der Passivbeteiligte selbst den ersten Antrag gestellt (§ 13 GBO), so kann er ihn in der Form der §§ 32, 29 Satz 1 GBO zurücknehmen; dann steht auch formellrechtlich nichts entgegen, die Eintragung gemäß dem zweiten Antrage vorzunehmen. Auf die Wirksamkeit der bindenden Einigung hat aber die einseitige Zurücknahme des Eintragungsantrags keinen Einfluß (RG Warn 1911 Nr 83; JFG 2, 339). Vgl. ferner § 925 A 5: über den nach der Auflassung, aber vor der Eintragung des Eigentumsübergangs gestellten Antrag auf Eintragung einer Belastung; über die regelmäßig in der Auflassung liegende unwiderrufliche Einwilligung des Auflassenden in die Verfügung des Auflassungsempfängers, der schon vor seiner Eintragung das Grundstück weiter an einen Dritten aufläßt; über die Rückforderung (Kondiktion) der Auflassungserklärung vor der Eintragung wegen Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts (dasselbe gilt entsprechend auch für die Rückforderung anderer nach § 873 Abs 2

bindend gewordener Einigungserklärungen). Ist auf Grund eines Grundstückskaufvertrags die Auflassung des Grundstücks erteilt, die Eintragung der Eigentumsänderung aber noch nicht erfolgt, so bedarf ein Vertrag, durch den der Kaufvertrag rückgängig gemacht wird, keiner Form, insbesondere nicht der Form des § 313, da er nicht die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums zum Inhalt hat und die durch die Auflassung eingetretene Bindung der Beteiligten mangels einer Formvorschrift auch durch formlose Vereinbarung aufgehoben werden kann (RG Warn 1926 Nr 43). — Ist die Übertragung des Eigentums oder eines andern übertragbaren (s. A 2 a. E.) Rechts am Grundstück durch eine bindende Einigung erklärt, so hat der noch nicht eingetragene, zum Rechtserwerb aber regelmäßig (Ausnahmen s. A 12) der Eintragung bedürfende Aktivbeteiligte trotz der Bindung keinen Aussonderungsanspruch gemäß § 43 KO, wenn über das Vermögen des Passivbeteiligten der Konkurs eröffnet wird; ebensowenig hat er, wenn ein Dritter die Zwangsvollstreckung in das Recht betreibt, ein Widerspruchsrecht gemäß § 771 ZPO, da ihm kein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne dieser Vorschrift zusteht (RG 81, 64; RGSt 62, 152; OLG 6, 261; a. M. OLG 4, 38). Über Einflußlosigkeit des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten nach eingetretener Bindung vgl. A 7a und § 925 A 5. — Streitig ist, ob durch die bindend gewordene Einigung als solche ein klagbarer Anspruch begründet wird. Dies ist zu verneinen. Die Einigung ist nicht darauf gerichtet, irgendwelche Verpflichtungen zu Leistungen zu begründen, sondern sie hat selbst Leistungsinhalt. Sie ist eine Verfügung, die bei dem Hinzutreten eines andern (nicht rechtsgeschäftlichen) Tatumstandes, nämlich der Eintragung in den Fällen des § 873 und der Übergabe bei beweglichen Sachen, die aus einem Grundrechtsgeschäft bestehende Verpflichtung zu einer Leistung zur Erfüllung bringt (s. A 7, 8; RG Gruch 68, 317; OLG 26, 37; 29, 320; KGJ 46, 175). Daher kann aus der Einigung des § 873, auch wenn sie in einer der Formen des Abs 2 geschlossen ist, weder auf Beschaffung desjenigen geklagt werden, das etwa zur Vollziehung der Rechtsänderung durch Eintragung noch fehlt (RG 115, 39; OLG 45, 188), noch auf Beseitigung von Hindernissen, die der Vollziehung entgegenstehen (RG Gruch 58, 1013: aus einem auf Einräumung des Pfandrechts an einer Hypothek gerichteten dinglichen Vertrag kann nicht auf Eintragung der Verpfändung geklagt werden, da in dem dinglichen Vertrag für sich allein nicht ohne weiteres auch die schuldrechtliche Verpflichtung zur Pfandbestellung zu finden ist, z. B. dann nicht, wenn die Verpfändung für fremde Schuld erfolgt ist; SeuffA 65 Nr 15; OLG 5, 157; 29, 320). Vielmehr kann die alleinige Grundlage für einen solchen Anspruch das die Verpflichtung zu der Leistung begründende Grundrechtsgeschäft bieten (RG 115, 39; Gruch 58, 1013; OLG 45, 188). Ist das Grundrechtsgeschäft (z. B. wegen Mangels der Form des § 313 bei Festsetzung eines falschen Kaufpreises) nichtig, so ist ein solcher Anspruch ausgeschlossen (RG 115, 39; RG Warn 1928 Nr 128); desgleichen wenn das Grundrechtsgeschäft mit einem andern als dem aus der dinglichen Einigung Berechtigten geschlossen ist (RG Gruch 58, 1015: Verpfändung einer Hypothek für die Schuld eines andern; schuldrechtlicher Vertrag über Pfandbestellung nur zwischen diesem und dem Verpfänder, nicht auch zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder). Auch die in den Formen des § 873 Abs 2 geschlossene Einigung kann nicht auf dem Wege über § 141 (Bestätigung) dem nichtigen Grundrechtsgeschäfte Kraft verleihen und so zur Begründung eines Anspruchs aus ihm führen (OLG 45, 188; nur wird ausnahmsweise ein Vertrag über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, der lediglich der Form des § 313 Satz 1 ermangelt, durch rechtswirksame Auflassung und Eintragung gemäß § 313 Satz 2 gültig). Ist jedoch das Grundrechtsgeschäft nur anfechtbar (z. B. wegen Irrtums, Betrugs), so kann in der Einigungserklärung des zur Anfechtung Berechtigten eine Bestätigung des Grundrechtsgeschäfts gemäß § 144 liegen (RG 56, 51; 63, 113; OLG 5, 157; 29, 321). Im Anschluß hieran ist zu bemerken, daß § 873 Abs 2 ohne Bedeutung ist für die Frage, ob ein auf eine Eintragung gerichteter schuldrechtlicher Vertrag rechtswirksam und für die Vertragschließenden bindend ist. So wird z. B. ein nicht in der Form des § 313, sondern nur privatschriftlich geschlossener Vertrag über Veräußerung eines Grundstücks nicht dadurch für die Vertragschließenden bindend, daß er dem Grundbuchamt eingereicht wird (RG 85, 411). Ferner ist zu bemerken, daß eine dingliche Einigung (z. B. eine Auflassung) für sich allein auch keine Rechtsgrundlage für eine Vormerkung bietet, da diese einen schuldrechtlichen Anspruch zur Voraussetzung hat (RG Warn 1928 Nr 128; § 883 A 2 Abs 3). — Um eine bindende Einigung im Sinne des Abs 2 § 873 herbeizuführen, müssen die Einigungserklärungen beider Teile in einer der Formen des Abs 2 abgegeben worden sein. Hat zwar der Passivbeteiligte eine Erklärung formgerecht abgegeben, der Aktivbeteiligte sie aber nicht in einer dieser Formen angenommen, so kann der erstere seine Erklärung (z. B. auch eine gerichtlich oder notariell beurkundete) vor erfolgter Eintragung ebenso wie eine formlos abgegebene widerrufen. Insofern gilt also Abweichendes von den in den §§ 145 ff. für den Vertragsantrag und die Annahme gegebenen Vorschriften. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die zur Bindung führenden Erklärungen stets bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile abgegeben werden müssen. Dies ist nur ausnahmsweise in den Fällen der §§ 925, 1015, 1017 (jetzt § 11 VO v. 15. 1. 19), insbesondere für die Auflassung, vorgeschrieben. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen kommen auch hier, soweit es sich um gerichtliche oder notarielle Beurkundung der beider-

seitigen Einigungserklärungen handelt, die §§ 128, 152 zur Anwendung (RG JW 01, 865). — Über die Verschiedenheit der formellrechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung und der materiellrechtlichen Erfordernisse für die Bindung nach Abs 2 § 873 vgl. A 7c.

14. Über **gerichtliche und notarielle Beurkundung** vgl. §§ 167 Abs 1, 168—182 FGG sowie die Artt 141—143 EG (Vorbehalte für die Landesgesetzgebung). — Ist eine Eintragungsbewilligung oder eine sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärung (z. B. Vollmacht) in einer fremdsprachigen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde enthalten, so darf der Grundbuchrichter die Eintragung von der Beibringung einer von einem beeidigten Dolmetscher gefertigten Übersetzung der Urkunde und von der Beglaubigung der Unterschrift des Übersetzers abhängig machen (JFG 7, 243).

15. Vor dem Grundbuchamte abgegeben sind die zur Bindung erforderlichen **Einigungserklärungen** beider Teile (A 13) schon dann, wenn sie in mündlicher Form erfolgt sind. Der Aufnahme zu Protokoll bedarf es zu ihrer materiellen Wirksamkeit, insbesondere zur Herbeiführung der Bindung, nicht. Dafür spricht wesentlich die Gegenüberstellung der gerichtlich oder notariell beurkundeten und der vor dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärungen im § 873 Abs 2. Vgl. über diese streitige Frage die Ausführungen zu der Auflassung in § 925 A 13 „Protokoll", die ebenso auch für die andern, unter § 873 fallenden Gegenstände der Einigung gelten (a. M. KGJ 51, 151 unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte, die aber keineswegs so gestaltet ist, daß sie gegenüber dem Wortlaut des § 873 Abs 2 maßgebend wäre, und auf RG 50, 83, aus dessen beiläufiger Bemerkung jedoch eine Bestätigung der Ansicht nicht entnommen werden kann). Formellrechtlich ist aber zur Begründung des Eintragungsantrags (§ 13 GBO) erforderlich, daß (wenn es sich nicht um Auflassung handelt, § 20 GBO) mindestens die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (§ 19 GBO) zu Protokoll genommen wird, da nur dann die für die Eintragung nach § 29 Satz 1 GBO erforderliche Form erfüllt ist. Daß die Erklärungen gleichzeitig von beiden Teilen vor dem Grundbuchamt abgegeben werden, ist nur in den Ausnahmefällen der §§ 925, 1015, 1017 (jetzt § 11 VO v. 15. 1. 19) vorgeschrieben. Darüber, welche Behörde das „Grundbuchamt" ist, vgl. § 925 A 12.

16. Daß die **bei dem Grundbuchamt eingereichten Einigungserklärungen** beider Teile einer Form bedürfen, um die materiellrechtliche Bindung zu bewirken, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben; dagegen wird bei der letzten Bindungsform des Abs 2 (darüber A 17) eine „den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende" Eintragungsbewilligung erfordert. Die „Erklärungen" sind daher „bei dem Grundbuchamt" eingereicht, auch wenn nur privatschriftliche Urkunden, in denen sie enthalten sind, eingereicht worden sind (str.); ein Widerruf findet dann nicht mehr statt. Die Erklärungen müssen von den Beteiligten oder mit ihrem Willen dem Grundbuchamte eingereicht sein; denn erst durch diese Einreichung bei der Behörde mit ihrem Willen werden die zur Bindung führenden Erklärungen vollendet. Formellrechtlich bedarf es aber zur Begründung des Eintragungsantrags (§ 13 GBO) der Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (§ 19 GBO) in einer der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Formen. Über „Grundbuchamt" vgl. § 925 A 12.

17. Eine **den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung** des Berechtigten, deren Aushändigung an den andern Teil die Bindung herbeiführt, ist die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten im Sinne des § 19 GBO, die der Form nach die Vorschrift des § 29 Satz 1 und dem Inhalte nach die Vorschrift des § 28 GBO erfüllt (vgl. A 7d). Einer körperlichen Aushändigung der Eintragungsbewilligung bedarf es nicht unbedingt. Wenn z. B. die Bewilligung in einem zwischen dem Bewilligenden und dem andern Teile geschlossenen notariellen Vertrage enthalten ist, so muß sie als mit dem Abschluß der notariellen Verhandlung dem andern Teile zugegangen gelten, ohne daß es der Aushändigung einer Ausfertigung der Verhandlung bedarf, die sich der andere Teil jederzeit selbst beschaffen kann (KGJ 49, 155).

§ 874

Bei der Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird [1], kann [2]) zur näheren Bezeichnung [3]) des Inhalts des Rechtes [4]) auf die Eintragungsbewilligung [5]) Bezug genommen werden [6]), soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt [7]).

E I 962, 969, 982, 1048, 1054 II 795; M 3 472, 483, 495, 586f.; P 3 283f., 310f., 384, 437, 735, 762; 4 586.

1. § 874 findet nach seinem klaren Wortlaut nur Anwendung auf die **Eintragung eines ein Grundstück belastenden Rechtes,** also auf die Eintragung eines Erbbaurechts (§ 1012, § 11 VO v. 15. 1. 19), einer Dienstbarkeit (§§ 1018, 1030, 1090), eines Vorkaufsrechts (§ 1094), einer Reallast (§ 1105); an sich auch einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, vgl. jedoch A 7. Die Eintragung des Eigentumsübergangs, wodurch das Grundstück nicht „belastet" wird, fällt nicht darunter. Aber auch nicht die Eintragung eines Rechtes an einem Grundstücks-

rechte, der Belastung einer Belastung; denn dadurch wird nicht das „Grundstück" belastet. Daß dies der Wille des Gesetzes ist, erhellt auch daraus, daß im § 874 nicht, wie im vorangehenden § 873, neben der Belastung des Grundstücks auch die Belastung der Belastung genannt wird und daß im nachfolgenden § 877 die Anwendung des § 874 nur auf die „Änderung des Inhalts" einer Grundstücksbelastung vorgeschrieben ist. Daher können die als zulässige Belastungen von Grundstücksbelastungen in Betracht kommenden (§ 873 A 5) Nießbrauchsrechte und Pfandrechte an Reallasten, Hypotheken, Grundschulden nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur materiell wirksamen Eintragung gebracht werden (str.; a. M. RJA 7, 273; KGJ 48, 181). Auch Vormerkungen gehören nicht hierher, da sie keine das Grundstück belastenden „Rechte" im Sinne dinglicher Rechte sind (Prot 4, 586; 883 A 8). Für sie trifft § 885 Abs 2 besondere Bestimmung. Ferner findet § 874 auf Verfügungsbeschränkungen keine Anwendung, auch soweit sie sich nicht auf Grundstücksbelastungen, sondern auf das Grundstück selbst beziehen. Denn sie gewähren kein Recht „am" Grundstück, und dieses wird nicht „mit" ihnen belastet; vielmehr schränken sie nur das Eigentumsrecht ein (str.; RG 89, 159; KGJ 45, 255 sowie A 4). Jedenfalls muß bei Verfügungsbeschränkungen (Veräußerungsverboten) zugunsten einer bestimmten Person die begünstigte Person im Eintragungsvermerk selbst genannt werden (RG JW 00, 572[21]; KGJ 45, 254; vgl. A 4). Eine Ausnahme hiervon macht die Eintragung der (nach §§ 20, 23 ZVG als Veräußerungsverbot nur zugunsten des betreibenden Gläubigers wirkenden) Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (auch der Eröffnung des Konkursverfahrens), was aber auf Sondergesetz beruht (RG JW 00, 572 [21]; KGJ 45, 256). Wegen der Zulässigkeit einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bei Rangänderungen vgl. § 880 A 4, bei der Eintragung eines Erbbaurechts § 14 VO v. 15. 1. 19.

2. **Es kann Bezug genommen werden.** In dem Ermessen des Grundbuchamts steht es also, ob und inwieweit es von dieser Befugnis Gebrauch machen, was es in den Vermerk selbst aufnehmen und was es durch Bezugnahme mittelbar zur Eintragung bringen will; an Anträge der Beteiligten ist es in dieser Hinsicht nicht gebunden (RG 50, 153; KGJ 24 A 127; 32 A 252; RJA 4, 42; OLG 4, 198). Da aber die Vorschrift den Zweck hat, die Überlastung und Unübersichtlichkeit des Grundbuchs zu verhüten, wird von dem Eintragungsvermerke alles fernzuhalten sein, was durch Bezugnahme als eingetragen gelten kann (RG 50, 153; 54, 88; JFG 2, 308). Anderseits ist, da die Vorschrift des § 874 eine materiellrechtliche ist, die Eintragung unwirksam und das eingetragene Recht nicht zur Entstehung gelangt, wenn die Grenze der zugelassenen Bezugnahme überschritten ist und der Eintragungsvermerk nicht das enthält, was in ihn selbst (s. A 3) aufgenommen werden muß (RG 108, 149; KGJ 49, 170; OLG 39, 245). In solchen Fällen kann das eingetragene Recht nur dann Bestand haben, wenn nach der Eintragung eine Einigung dahin erfolgt oder aus dem Verhalten der Beteiligten zu entnehmen ist, daß das vermerkte Recht so, wie es bei Nichtberücksichtigung der Bezugnahme eingetragen steht, Bestand haben soll (RG 108, 148), oder wenn im Sinne des § 140 (Umgestaltung) anzunehmen ist, die Beteiligten würden bei Kenntnis der Nichtigkeit das Recht auch ohne den zufolge der unzulässigen Bezugnahme als nicht eingetragen geltenden Teil des Rechtsinhalts haben begründen wollen (RG 108, 149; § 873 A 10). Vgl. aber § 873 A 10 über den Fall, daß wegen einer dem dinglichen Rechte gesetzten Bedingung oder Befristung unzulässigerweise (A 4) auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist. Ist im Eintragungsvermerk nicht einmal die allgemeine rechtliche Natur des Rechtes angegeben und läßt sich aus dem Vermerk selbst das Fehlen dieser Kennzeichnung ohne weiteres ersehen, so ist die Eintragung ihrem Inhalte nach unzulässig und deshalb nach § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen (so z. B. wenn es sich um eine Reallast handeln soll, die Bezeichnung Reallast aber fehlt und der Eintragungsvermerk sich derart über die Verpflichtung verhält, daß die Möglichkeit einer nur einmaligen Leistung offen bleibt: OLG 39, 245).

3. Nur **zur näheren Bezeichnung** des Rechtsinhalts kann Bezug genommen werden. Daraus folgt, daß das Recht und sein Inhalt in dem Eintragungsvermerke dargestellt werden müssen, soweit das zur Kennzeichnung des Rechtes nach seiner allgemeinen rechtlichen Natur und seiner besonderen Art erforderlich ist (RG 89, 159; KGJ 23 A 134; 49, 169; OLG 39, 244). Bei Rechten, die im BGB erschöpfend geregelt sind, genügt die Benennung nach dem BGB (z. B. Nießbrauch, Vorkaufsrecht; KGJ 26 A 273). Ist von dem Gesetze Abweichendes vereinbart, so kann hierauf „zur näheren Bezeichnung des Inhalts" Bezug genommen werden. Bei andern Belastungen, abgesehen von den hypothekarischen (s. A 7), stellt der gesetzliche Name für sich allein noch nicht den Inhalt dar (z. B. Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Reallast). Hier muß im Eintragungsvermerke selbst der Inhalt enger umgrenzt und genauer beschrieben werden (z. B. Wegerecht, Wohnungsrecht, Umfang der Belastung bei der Reallast); nur im übrigen ist eine Bezugnahme gestattet (RJA 2, 193; KGJ 51, 272; OLG 8, 301; 39, 244). Nach § 50 GBO bedarf es aber bei der Eintragung eines Leibgedinges (Altenteils, Auszugs) nicht der Bezeichnung der einzelnen Rechte. Gleiches bestimmt § 84 GBO für die in Artt 63, 68 EG bezeichneten Rechte (Erbpachtrecht, Abbaurecht usw.).

4. Nur wegen des **Inhalts des Rechtes**, d. h. der Gesamtheit der aus der Rechtsbegründung

sich ergebenden Befugnisse des Berechtigten (KGJ 49, 189; 50, 185), ist die Bezugnahme gestattet. Daher bedürfen der Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst z. B.: die Bezeichnung des Berechtigten (**RG** 89, 159; JW 00, 572 [21]; KGJ 23 A 134; 45, 256); eine Bedingung oder Befristung, von welcher der Bestand des Rechtes selbst abhängig gemacht ist (str.; vgl. KGJ 48, 182; 49, 189; 50, 188; auch **RG** 106, 113; dagegen **RG** 108, 356, wo ohne Begründung bei der Eintragung eines Vorkaufsrechts die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung wegen einer das Vorkaufsrecht zeitlich begrenzenden Bestimmung für zulässig erklärt ist); Bestimmungen über das Rangverhältnis (§ 879 Abs 3; **RG** 3. 3. 08 II 491/07); der Rangvorbehalt (§ 881; vgl. dort A 6); der Höchstersatz für den Fall der Zwangsversteigerung nach § 882. Vgl. auch GBO § 48 (Rechte mehrerer), § 49 (Belastung mehrerer Grundstücke). Hält man entgegen der hier (A 1) vertretenen Ansicht den § 874 für anwendbar auf sog. relative Veräußerungsverbote im Sinne des § 135, die sich als Verfügungsbeschränkungen darstellen (§ 878 A 3), so müssen bei ihrer Eintragung jedenfalls die Personen, deren Schutz sie bezwecken, im Eintragungsvermerk selbst bezeichnet werden; denn die geschützten Personen gehören nicht zum „Inhalt" des Verbots, sondern sie sind dessen Wesensbestandteil und geben erst das notwendige Kennzeichen für die Art des erlassenen Verbots (**RG** 89, 159; JW 00, 572 [21]). — Soll einem Recht (z. B. einer Grunddienstbarkeit) in den nach BGB zulässigen Grenzen ein Inhalt gegeben werden, wie er dem früheren Recht eigentümlich war, so genügt nicht die Bezeichnung des Rechtes nach den nicht mehr geltenden Vorschriften; vielmehr muß entweder das Recht mit seinem gesamten Inhalt eingetragen werden oder die Eintragungsbewilligung, auf die Bezug genommen wird, den gesamten Rechtsinhalt enthalten (KGJ 26 A 271).

5. Die **Eintragungsbewilligung** ist die Bewilligung des Passivbeteiligten nach § 19 GBO. Daß die Urkunde, auf die Bezug genommen wird, im Eintragungsvermerk ausdrücklich als „Eintragungsbewilligung" bezeichnet wird, ist im § 874 nicht vorgeschrieben. Es genügt materiellrechtlich daß die Urkunde tatsächlich die Eintragungsbewilligung enthält (str.; OLG 16, 183). Die ausdrückliche Bezeichnung als solche ist aber zweckmäßig, um Zweifel zu vermeiden (KGJ 21 A 142). Daß die Eintragungsbewilligung „eine den Vorschriften der GBO entsprechende" ist, schreibt § 874— insoweit abweichend von § 873 Abs 2 — nicht vor. Daher ist die Bezugnahme materiellrechtlich auch dann wirksam, wenn die Eintragungsbewilligung nicht in der Form des § 29 GBO erklärt ist. Ist eine das Recht näher beschreibende Urkunde der Eintragungsbewilligung beigefügt und in der Bewilligung auf die Urkunde verwiesen, so ist die Urkunde als Teil der Eintragungsbewilligung anzusehen und daher eine Bezugnahme auch auf sie gestattet (OLG 4, 81; 8, 301; KGJ 48, 175). Formellrechtlich ist bei der zu notariellem Protokoll erklärten Eintragungsbewilligung nicht erforderlich, daß die Urkunde eine Anlage des Protokolls (§ 176 Abs 2 FGG) bildet, sofern sie nur unzweideutig bezeichnet und zu den Grundakten vorgelegt ist (KGJ 48, 175). Ist die Eintragungsbewilligung nur öffentlich beglaubigt und die Verbindung mit der Urkunde keine körperliche, so hat der Grundbuchrichter der Beweissicherung halber zur Vornahme der Eintragung zu fordern, daß die Urkunde gleichfalls eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde und so genau bezeichnet ist, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, welches die in Bezug genommene Urkunde ist (KGJ 48, 178). Auch auf Karten und Zeichnungen kann die Eintragungsbewilligung (z. B. bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit, deren Ausübung auf einen bestimmten Teil des dienenden Grundstücks beschränkt sein soll) zur näheren Beschreibung und Verdeutlichung des Erklärungsinhalts Bezug nehmen; doch ist zu fordern, daß die Karten und Zeichnungen öffentliche Urkunden im Sinne des § 415 ZPO, also von einer öffentlichen Behörde innerhalb ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form ausgestellt sind (KGJ 50, 131). — Ein Urteil, wodurch der Passivbeteiligte zur Bewilligung der Eintragung nach § 894 ZPO verurteilt ist, steht auch für die Bezugnahme der freiwilligen Eintragungsbewilligung gleich (OLG 26, 4). Dasselbe gilt für Eintragungsersuchen von Behörden nach § 39 GBO, die ebenfalls die Eintragungsbewilligung ersetzen (OLG 8, 301). Einstweilige Verfügungen kommen für § 874 nicht in Betracht, da sie nicht zur Eintragung „belastender Rechte" führen (§ 885 Abs 2); ferner nicht Arrestbefehle und vollstreckbare Schuldtitel wegen Geldforderungen, da für die auf ihrer Grundlage einzutragenden Sicherungshypotheken (§§ 867, 932 ZPO) die Vorschriften über die Hypothek (A 7) gelten.

6. Durch die zulässig vorgenommene **Bezugnahme** gilt der Inhalt der Eintragungsbewilligung mit der Wirkung als eingetragen, daß er unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) steht (**RG** 57, 284). Die Bezugnahme macht alles das zum Gegenstande der Eintragung, was in der angezogenen Urkunde bei einer dem § 133 entsprechenden Auslegung zum Inhalte des Rechtes gemacht werden sollte (JFG 1, 284). Dem entsprechen die §§ 9, 11 GBO, wonach die Eintragungsbewilligung vom Grundbuchamt aufzubewahren ist und von jedem eingesehen werden kann, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Dagegen stehen der Eintragungsbewilligung in der Hinsicht auf die Wirkungen der eingetragenen Bezugnahme nicht gleich noch nicht erledigte Eintragungsanträge, wiewohl sie im § 11 GBO für die Einsicht des Grundbuchs den in Bezug genommenen Urkunden gleichgestellt sind (**RG** 57, 284). Über die Fassung des Bezugnahmevermerks vgl. JFG 8, 232.

7. Etwas **anderes schreibt das Gesetz vor** bei der Hypothek, der Grundschuld und der Rentenschuld in den §§ 1115, 1116 Abs 2, 1184 Abs 2, 1189 Abs 1, 1192, 1195, 1199. Vgl. auch § 800 ZPO für die Zwangsvollstreckungsklausel (RJA 4, 270; KGJ 45, 261: keine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung; im Falle der Zinserhöhung nochmalige Eintragung). Ist in derartigen Fällen oder bei Eintragungen, bei denen eine Bezugnahme nach § 874 an sich zulässig ist, über die „nähere Bezeichnung des Inhalts des Rechtes" hinaus (A 3, 4) Wesentliches nur durch Bezugnahme, nicht durch Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst zur Eintragung gebracht, so ist das Eingetragene rechtsunwirksam (RG 89, 159; JW 00, 572 [21]) und im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO inhaltlich unzulässig (KGJ 45, 231; 45, 256).

§ 875

Zur Aufhebung [1]) eines Rechtes an einem Grundstück [2]) ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt [3]), die Erklärung [4]) des Berechtigten [5]), daß er das Recht aufgebe, und die Löschung [6]) des Rechtes im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt [7]) oder demjenigen gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt [8]).

Vor der Löschung ist der Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden [9]), wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber [10]) abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung [11]) ausgehändigt hat [12]).

E I 834, 960, 965, 977, 1015, 1048, 1061 II 796; M 3 200f., 460ff., 474, 489, 531, 568, 593; P 3 69ff.; 6 232f.

1. Nur die **Aufhebung durch Rechtsgeschäft** ist Gegenstand des § 875. Das ergibt sich daraus, daß eine Erklärung des Berechtigten erfordert wird (§ 873 A 1, 2). Über die Aufhebung von Rechten an Grundstücken auf anderer Grundlage vgl. §§ 158, 163 (auflösende Bedingung, Endtermin; § 24 GBO), §§ 901f. (Verjährung gelöschter und eingetragener Rechte), 927 (Ausschluß des Eigentümers), 1025ff., 1028 (Erlöschen der Grunddienstbarkeit), 1061, 1090 (Tod des Berechtigten beim Nießbrauch, bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit; § 23 GBO), 1104, 1112 (Ausschluß des unbekannten Berechtigten beim Vorkaufsrecht, bei der Reallast), 1173ff., 1181f., 1192, 1200 (Erlöschen von Gesamt-Hypotheken- und Grundschuldrechten, Erlöschen von hypothekarischen Rechten durch Vollstreckungsbefriedigung); ferner EG Art 109 (Enteignung), 113 (Zusammenlegung), 120 (Unschädlichkeitszeugnis) und §§ 52, 91, 158 ZVG (Erlöschen von Rechten infolge Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung). Vgl. auch § 47 Abs 2 GBO (Erlöschen eines auf ein anderes Grundbuchblatt nicht mit übertragenen Rechtes). — Auch bei der sog. Pfandauswechselung, bei der an die Stelle des für die Hypothek haftenden Grundstücks ein anderes Grundstück desselben Eigentümers oder eines Dritten gesetzt wird, findet die Aufhebung eines Rechtes statt, indem die Hypothek auf dem ursprünglich belasteten Grundstück nach § 875 aufgehoben und an dem anderen Grundstück nach §§ 873, 1113ff. neu begründet wird (OLG 45, 283; JW 1927, 803).

2. Über **Grundstücke** und die **Rechte daran** vgl. § 873 A 4, 6. Auch die Eigentümergrundschuld ist ein Recht am Grundstück im Sinne des § 875. Zu ihrer Aufhebung bedarf es der Aufgabeerklärung des Eigentümers (RG 66, 288; 73, 174; RJA 11, 63). — Die Aufhebung von Rechten an den ein Grundstück belastenden Rechten betrifft § 875 nicht. In Betracht kommen in dieser Hinsicht Nießbrauch und Pfandrecht an Reallasten, Hypotheken und Grundschulden (§ 873 A 5). Ihre Aufhebung erfolgt nach den für die Aufhebung solcher Rechte an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften; einer Eintragung bedarf es zu ihrer Aufhebung nicht (§§ 1063, 1064, 1072 und 1252, 1255, 1256, 1273; vgl. § 27 Abs 2 GBO). Ferner findet § 875 keine Anwendung auf Eintragungen, die sich nicht als das Grundstück belastende Rechte (§ 874 A 1) darstellen, wie Vormerkungen, Widersprüche, Verfügungsbeschränkungen (§ 25 GBO); auch nicht auf Rechtsverhältnisse, die nicht eintragungsfähig sind (Vorbem 2 vor § 873). — Das Erbbaurecht ist ein Recht am Grundstück. Daher findet § 875 zunächst insoweit Anwendung, als das Recht selbst aufgegeben werden soll (RJA 8, 280). Da das Recht aber nach § 1017 Abs 1, jetzt VO v. 15. 1. 19 § 11, den Grundstücken gleichsteht, ist § 875 auch für die Aufhebung der das Erbbaurecht belastenden Rechte maßgebend. Über die Anwendung des § 875 auf die der landesgesetzlichen Regelung vorbehaltenen Erbpachtrechte und Abbaurechte vgl. EG Artt 63, 68 und RJA 8, 278; JFG 4, 354.

3. Ein **anderes schreibt das Gesetz vor** bei der hier allein in Betracht kommenden rechtsgeschäftlichen (A 1) Aufhebung von Grundstücksbelastungen: für die Aufgabe des Eigentums (§ 928: Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte; über Nichtanwendbarkeit dieser Vorschrift beim Verzicht auf das Erbbaurecht und auf das Erbpachtrecht vgl. VO v. 15. 1. 19 § 11; EG Art 63; RJA 8,

278); für den Verzicht auf hypothekarische Rechte und für die Aufhebung solcher Rechte (§§ 1168 Abs 2, 1178 Abs 2, 1183, 1192: Eintragung des Verzichts, Zustimmung des Eigentümers). Dabei ist indessen hervorzuheben, daß der Verzicht auf hypothekarische Rechte überhaupt nicht zur Aufhebung der Rechte führt. Vielmehr erwirbt nach § 1168 Abs 1 der Eigentümer die Hypothek. Die davon verschiedene Aufhebung (JFG 4, 437) ist allerdings auf Beseitigung der Hypothek durch Löschung gerichtet. Sie hat die Besonderheit, daß der Eigentümer, der durch die Aufhebung das Recht auf den Erwerb der Hypothek verliert, seine Zustimmung zu der Aufhebung nach § 1183 (vgl. auch § 27 GBO) erteilen muß; das gilt auch bei der Entpfändung eines Grundstücksteils (KGJ 25 A 315; RJA 11, 155; § 1175 A 3, § 1183 A 1). Aufhebungserklärung (Löschungsbewilligung) und Zustimmung schließen sich nicht etwa zu einem Vertrage zusammen, sondern jede der beiden Erklärungen ist ein einseitiges Rechtsgeschäft für sich (RJA 10, 240; KGJ 24 A 218; 25 A 274; 27 A 48). Die löschungsfähige Quittung des Hypothekengläubigers enthält regelmäßig keine Aufgabeerklärung im Sinne von § 875 (A 1 zu § 1168). — Über Zinsherabsetzung bei einer Hypothek vgl. § 1119 A 3. — Ist die Löschung einer Gesamthypothek nur für eines der gesamtbelasteten Grundstücke bewilligt und beantragt, so darf die Hypothek nur auf diesem Grundstück gelöscht werden, da sie nach § 1175 Abs 1 Satz 2 an den übrigen Grundstücken Bestand behalten kann (KGJ 21 A 169; 45, 251; a. M. RJA 11, 246). — Über die Aufhebung der nach früherem Rechte begründeten, nicht eingetragenen Grundstücksbelastungen vgl. Art 189 Abs 1, 3 EG. — Ist das aufzuhebende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf es zur Aufhebung gemäß § 876 der Zustimmung des Dritten (A 9). — Nach § 26 GrVerG v. 18. 7. 1930 brauchen für die Eintragung des Erlöschens gewisser Aufwertungsrechte (Hypothek oder Grundschuld bis 300 RM, Rentenschuld oder Reallast bis zum Jahresbetrag von 15 RM) die Voraussetzungen der Löschung nicht in den Formen der §§ 29, 36 GBO nachgewiesen zu werden. Das gilt nicht nur dann, wenn die Eintragungen das schon vorher eingetretene Erlöschen der Rechte bloß grundbuchmäßig zum Ausdruck bringen, also deklaratorisch wirken, sondern auch dann, wenn erst die Eintragungen die Rechte zum Erlöschen bringen, also rechtsändernd wirken (RG 133, 383).

4. Die **Erklärung, das Recht aufzugeben,** genügt beim Hinzutreten der Löschung zur Aufhebung des Rechtes. Einer Einigung mit dem Aktivbeteiligten, wie sie § 873 für die Begründung eines Rechtes an einem Grundstücke erfordert, bedarf es aus Gründen der Verkehrserleichterung nicht, obwohl zum Schulderlaß nach § 397 Abs 1 ein Vertrag erforderlich ist. Die Aufgabeerklärung ist aber ebenso wie die Einigung ein abstraktes Rechtsgeschäft; nur ist sie nicht wie diese ein Vertrag (§ 873 A 7), sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft (RJA 10, 240; KGJ 24 A 218; 25 A 273; 27 B 48; JFG 1, 377; OLG 4, 492; 7, 49). Aus der Rechtsgeschäftsnatur folgt, daß auf sie die Vorschriften des Allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte (§§ 104ff.), mit Ausnahme derjenigen über Verträge (§§ 145—157), Anwendung finden. Vgl. hierüber die Ausführungen zur Einigung in § 873 A 7 a „Vertragsnatur", die entsprechend auch auf die Aufgabeerklärung zutreffen. Über die Anfechtbarkeit einer Aufgabeerklärung wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung vgl. RG 88, 286. Weiter folgt aus der abstrakten Natur der Erklärung: Ihr rechtlicher Bestand ist unabhängig von dem obligatorischen Grundrechtsgeschäfte, zu dessen Erfüllung sie bewirkt wird. Insbesondere erstreckt sich die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Grundrechtsgeschäfts nicht ohne weiteres auch auf sie. Vielmehr gibt sie dem Aufgebenden (Passivbeteiligten), wenn nicht etwa die Erklärung selbst unwirksam ist, nur einen persönlichen Anspruch gegen den durch die Aufhebung des Rechtes Begünstigten (Aktivbeteiligten) auf Rückgängigmachung der Aufhebung, also auf Wiedereintragung des gelöschten Rechtes. Umgekehrt kann, wenn die Aufgabeerklärung nichtig, das Grundrechtsgeschäft aber gültig ist, auf Grund des letzteren von dem Aktivbeteiligten die Abgabe einer neuen rechtsgültigen Aufgabeerklärung gefordert werden. Vgl. auch hierüber die Ausführungen zur Einigung in § 873 A 7 b „abstrakte Natur", die für die Aufgabeerklärung ebenfalls entsprechend gelten. — Auch hinsichtlich der Form folgen ebenso wie bei der Einigung die Aufgabeerklärung und das Grundrechtsgeschäft ihren besonderen Regeln. Das Grundrechtsgeschäft, also die vertragsmäßige Übernahme der Verpflichtung zur Aufgabe eines Rechts an einem Grundstück, bedarf regelmäßig keiner Form (RG JW 04, 7[4]; jedoch für den Fall der schenkungsweisen Verpflichtung zur Löschung RG JW 1911, 37[17]). Auf Grund eines solchen in der Regel auch bei formlosem Abschlusse bindenden Grundrechtsgeschäfts kann nicht nur die Erfüllung der Verpflichtung durch Abgabe der Aufgabeerklärung und Einwilligung in die Löschung verlangt, sondern auch einer etwaigen klageweisen Geltendmachung des Rechtes einredeweise widersprochen werden (RG Gruch 48, 350). Die Aufgabeerklärung bedarf materiellrechtlich keiner Form. Auch wenn sie formlos abgegeben ist und die Löschung hinzutritt, ist die Aufhebung des Rechtes wirksam vollzogen. Aus landesrechtlichen Vorschriften, die neben dem BGB bestehen, kann sich aber die Notwendigkeit einer Form für die Erklärung ergeben (z. B. Genehmigung des Kreisausschusses bei der Erklärung einer Gemeinde nach § 114 PrLGO v. 3. 7. 91). Ist wegen Nichtbeobachtung einer solchen Form die Erklärung nichtig, so bleibt das Recht trotz seiner Löschung außerhalb des Grundbuchs bestehen (RG 82, 22; vgl. A 6). — Die Erklärung braucht nicht das Wort „aufgeben" zu enthalten. Der „Auf-

gabe"erklärung gleich steht eine Erklärung dahin, daß auf das Recht verzichtet werde (Prot 3, 616; RG 78, 69; s. jedoch für die Hypothek A 3 hier und § 1168 A 1). Ferner enthält die Bewilligung der Löschung des Rechtes regelmäßig eine Aufgabeerklärung (RG 101, 234; RJA 10, 238; KGJ 38 A 275; 43, 147; vgl. jedoch für die Löschungsbewilligung (löschungsfähige Quittung) des Hypothekengläubigers A 3 hier, § 1163 A 3 und § 1168 A 1). Bei der Entscheidung der Frage, ob eine Willensäußerung, insbesondere auf Grund des Grundrechtsgeschäfts, als Aufgabeerklärung zu deuten ist, finden die Auslegungsvorschriften der §§ 133, 154 Anwendung (RG Gruch 54, 887). Ist während des Währungsverfalls bei der Auszahlung einer durch Hypothek gesicherten Darlehnsforderung mit entwertetem Gelde vom Gläubiger zwar Löschungsbewilligung erteilt, aber nur unter Vorbehalt (§ 894 A 5 a. E.), so liegt insoweit, als die Hypothekenforderung durch die Zahlung nicht getilgt ist, eine zur Aufhebung der Hypothek genügende Aufgabeerklärung nicht vor. Denn der Vorbehalt enthält die Erklärung des Gläubigers, daß er insoweit das Recht nicht aufgeben wolle (RG 110, 73; 110, 89; RG JFG 3 S. 15, 20; JFG 2, 419; 3, 380; JW 1925, 1796[7]; 1925, 2616[2]; 1926, 2215[3]). Dasselbe gilt für eine Löschungsbewilligung, die in der Zeit vom 15. 6. 22 bis zum 14. 2. 24 erteilt worden ist, da eine in dieser Zeit mit entwertetem Gelde ausgezahlte Hypothek der Aufwertung kraft Rückwirkung nach § 15 AufwG unterliegt (JFG 3, 378). Ebenso ist mit Rücksicht auf § 78 AufwG eine Löschungsbewilligung zu beurteilen, die in der Zeit vom 14. 2. 24 bis zum Erlasse des Aufwertungsgesetzes zu einer vor dem 14. 2. 24 begründeten Hypothek erteilt ist (JFG 3, 381). Ferner sind Löschungsbewilligungen von Gläubigern, die ihre Hypotheken in der Zeit vom 14. 6. 22 bis zum 14. 2. 24 durch Abtretung erworben haben, für sich allein zur Löschung nicht genügend, da nach § 17 AufwG auch den abtretenden Gläubigern Aufwertungsansprüche zustehen können; die früheren Gläubiger gelten dann in Höhe ihres Aufwertungsbetrags noch als Teilgläubiger der aufgewerteten Hypothek, so daß zur Löschung auch ihre Zustimmung erforderlich ist (OLG 44, 315; 45, 14; a. M. OLG 46, 34, dessen Begründung jedoch nicht beigetreten werden kann, da durch die Löschung die ganze Hypothek, also auch der Aufwertungsanteil des Zedenten beseitigt wird). Dagegen ist eine Löschungsbewilligung, die das Bekenntnis des Gläubigers enthält, daß er den gesetzlichen Aufwertungsbetrag (25%: § 4 AufwG) gezahlt erhalten habe, zur Löschung auch dann geeignet, wenn die Löschungsbewilligung einen Aufwertungsvorbehalt enthält; denn eine weitere Aufwertung kommt nicht in Frage; der Vorbehalt ist also gegenstandslos (JFG 3, 384). Ist eine gelöschte Hypothek nach § 14 oder 15 AufwG aufgewertet und der Aufwertungsbetrag bezahlt, so kann diese Zahlung nicht eingetragen werden; vielmehr kann nur die aufgewertete Hypothek zunächst eingetragen und dann entweder gelöscht oder auf den zahlenden Grundstückseigentümer als Grundschuld umgeschrieben werden (OLG 45, 23). — Über die zeitliche Aufeinanderfolge der beiden Erfordernisse für die Aufhebung, Aufgabeerklärung und Löschung, ist im Gesetze nichts bestimmt. Daher kann die Erklärung auch noch nach der Löschung wirksam abgegeben werden. Jedoch besteht, je nachdem die Erklärung oder die Löschung vorangeht, insofern eine Verschiedenheit in der Wirkung, als eine formlose Erklärung nicht schon als solche, sondern nur im Falle nachfolgender oder bereits vorausgegangener Löschung unwiderruflich ist. Soll die Erklärung vor bewirkter Löschung bindend sein, so muß sie in einer der beiden Formen des Abs 2 § 875 abgegeben werden. Anderseits wird das Grundrechtsgeschäft, wenn es ausnahmsweise einer Form bedarf und dieser Form entbehrt, nicht dadurch gültig, daß es die für die Bindung der Aufgabeerklärung vorgeschriebene Form erfüllt. Vgl. in allen diesen Beziehungen die Ausführungen zu der Einigung in § 873 A 7 c „Form der Einigung und des Grundrechtsgeschäfts", die hier entsprechend Anwendung finden. — Formellrechtlich ist zur Vornahme der Löschung nach den §§ 19, 29 GBO die in den Formen des § 29 Satz 1 erklärte Löschungsbewilligung des Passivbeteiligten, der das Recht aufgibt, erforderlich. Verweigert er die Erklärung, obwohl er nach dem schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäft zu ihr verpflichtet ist, so kann sie gemäß §§ 894ff. ZPO durch Urteil ersetzt werden (RG 101, 234). Vgl. hierüber die entsprechend zur Anwendung kommenden Ausführungen über die Einigungserklärung in § 873 A 7 d „Ersatz der Einigung". — Einen eigenartigen Anspruch auf Verzicht bei einer Hypothek gewährt § 1169.

5. Der **Berechtigte** ist regelmäßig der Inhaber des Rechtes, das aufgegeben werden soll (z. B. im Falle der Aufhebung einer Eigentümergrundschuld der Eigentümer: § 1163 A 3), ausnahmsweise, nämlich dann, wenn die Verfügungsmacht einem andern als dem Inhaber des Rechtes zusteht, der Inhaber der Verfügungsmacht (§ 873 A 8). Er muß nicht nur geschäftsfähig sein, sondern auch befugt, über das Recht zu verfügen. Die Aufgabeerklärung ist für sich allein eine Verfügung, und zwar durch einseitiges Rechtsgeschäft; eine Verfügung liegt nicht erst dann vor, wenn zu der Erklärung die nichtrechtsgeschäftliche Löschungseintragung hinzugetreten ist (OLG 4, 492; 7, 50; KGJ 24 A 218; 25 A 276; RJA 9, 276). Vgl. hierüber das Nähere in § 873 A 8 „Verfügungsbefugnis des Berechtigten". Auf die Form der Erklärung kommt es dabei nicht an, insbesondere nicht darauf, daß die Erklärung in einer der im Abs 2 für die Bindung vorgeschriebenen Formen abgegeben ist. Auch die formlose Erklärung enthält eine Verfügung, wenn sie gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten abgegeben

und diesem (mit dem Willen des Erklärenden: A 7) zugegangen ist. Denn sie ist dann gemäß §§ 130, 875 Abs 1 Satz 2 wirksam und, falls sie erst nach der Löschung abgegeben worden ist, auch unwiderruflich. Sie trägt aber auch dann Verfügungscharakter, wenn sie vor der Löschung abgegeben ist. Denn auch in diesem Falle führt sie, sofern sie nicht noch widerrufen wird, bei Hinzutritt der Löschung zur rechtsgültigen Aufhebung des Rechtes. In KGJ 25 A 276; OLG 7, 50 wird allerdings entgegen der hier vertretenen Ansicht angenommen, daß nur die in bindender Form abgegebene Erklärung eine Verfügung enthalte. — *Ist derjenige, der die Aufgabe erklärt, in Wirklichkeit nicht Inhaber des Rechtes*, so hängt die Rechtsgültigkeit der Erklärung nach § 185 von der vorherigen Zustimmung (Einwilligung: § 183) oder der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung: § 184) des Berechtigten ab. Fehlt diese Zustimmung, so ist auch die auf Grund der unwirksamen Erklärung etwa erfolgte Löschungseintragung nichtig. Das gelöschte Recht ist materiell bestehen geblieben. Der Berechtigte kann nach § 894 die Berichtigung des durch die Löschung unrichtig gewordenen Grundbuchs verlangen, also die Wiedereintragung des Rechts in dem früheren Rechtszustande, insbesondere mit dem früheren Range (KGJ 33 A 278). *Ist der Aufgebende* zwar Berechtigter, *bedarf er* aber zur Wirksamkeit einer Verfügung über das Recht durch einseitiges Rechtsgeschäft *der vorherigen Zustimmung* (Einwilligung) *eines Dritten* (wie z. B. eine Ehefrau nach §§ 1395, 1398 der Einwilligung des Mannes oder ein Vorerbe nach § 2113 Abs 1 der Einwilligung des Nacherben: **RG** 102, 337), so muß die Zustimmung des Dritten, wenn die Aufgabeerklärung rechtsgültig sein soll, vor dem Zugehen der Erklärung an das Grundbuchamt oder an den Begünstigten erfolgt sein. Dasselbe gilt, wenn der Aufgebende minderjährig ist, für die zur Wirksamkeit der Erklärung nach § 111 erforderliche Einwilligung des *gesetzlichen Vertreters*. Eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) macht in diesen Fällen die Erklärung nicht gültig, da nach § 141 nichtige Rechtsgeschäfte überhaupt nicht durch Genehmigung geheilt werden können (KGJ 25 A 277; OLG 7, 51). Der Nachweis der Einwilligung als Voraussetzung für die vom Grundbuchamt vorzunehmende Löschungseintragung wird aber regelmäßig auch dann als erbracht anzusehen sein, wenn in einer die Formvorschrift des § 29 Satz 1 GBO erfüllenden Urkunde (z. B. in einem notariellen Protokolle) zunächst die Aufgabe und dann die Genehmigung dazu erklärt wird; denn einer solchen Urkunde wird in der Regel entnommen werden können, daß die Einwilligung schon vor der Aufgabe erklärt worden ist (OLG 4, 492). Wenn dies aber nach der besonderen Lage des Falles abzulehnen sein sollte, wird doch in der Genehmigungserklärung wenigstens dann eine Einwilligung zu finden sein, wenn der *Aufgebende* seine Erklärung erst nach der Genehmigungserklärung dem Grundbuchamt zu der Eintragung der Aufhebung des Rechts einreicht, da dann eine nach § 182 Abs 1 erklärte und in der Form des § 29 Satz 1 GBO abgegebene Zustimmung vor dem Wirksamwerden der Aufgabeerklärung vorliegt (KGJ 25 A 277; OLG 7, 51). *Ist der Berechtigte bevormundet* und bedarf die Aufgabe des Rechtes (z. B. einer Hypothek gemäß § 1822 Nr 13) durch den Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, so muß diese Genehmigung nach § 1831 ebenfalls vor der Aufgabeerklärung erteilt sein (KGJ 21 A 198; 24 A 218; 27 A 170). Jedoch ist aus demselben Grunde wie in den vorgenannten Fällen eine vorhergehende Genehmigung auch dann anzunehmen, wenn sie zwar erst nach der Aufgabeerklärung des Vormunds erteilt ist, diese Erklärung aber erst später dem Grundbuchamte (oder auch dem bei der Erklärung nicht zugegen gewesenen Begünstigten) durch den Vormund zugeht (KGJ 24 A 219). — Daß der *Berechtigte als solcher eingetragen* ist, wird vom Gesetze zur rechtgültigen Aufhebung nicht erfordert. Wenn er wirklich Berechtigter ist, braucht er nicht eingetragen zu sein. Nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO soll allerdings, wenn nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 40 Abs 2, 41 GBO vorliegt, eine Eintragung, also auch eine Löschung, nur erfolgen, wenn der durch die Eintragung Betroffene als der Berechtigte eingetragen ist. Eine unter Verletzung dieser formellen Vorschrift vorgenommene Löschung ist darum aber nicht unwirksam. Allerdings sind auch materiellrechtlich die Fälle, in denen eine Berechtigung ohne Eintragung besteht, nur Ausnahmefälle. In der Regel ist zur Erlangung der Berechtigung die Eintragung notwendig (§ 873 A 8). — *Ist eine Hypothek* gepfändet und dem Pfändungsgläubiger *zur Einziehung überwiesen* (§§ 830, 835 Abs 1, 837 ZPO), so ist der Pfändungsgläubiger zwar nicht (wie bei der Überweisung an Zahlungs Statt: § 835 Abs 2 ZPO) Hypothekengläubiger, also auch nicht Berechtigter im Sinne des § 875; da er aber ermächtigt ist, in Höhe des überwiesenen Betrags Zahlung von dem Drittschuldner mit befreiender Wirkung entgegenzunehmen und an Stelle des Hypothekengläubigers über den Empfang zu quittieren, so wird durch seine Quittung nachgewiesen, daß die Hypothek gemäß §§ 1163 Abs 1, 1177 auf den Eigentümer übergegangen ist. Die in der Form des § 29 GBO erteilte Quittung genügt, um auf den in derselben Form gestellten Antrag des Eigentümers, der zugleich die nach § 19 GBO erforderliche Bewilligung und die nach § 27 GBO erforderliche Zustimmung enthält, die Löschung der Hypothek vorzunehmen (KGJ 52, 205). Dagegen ist der Pfändungsgläubiger zur Erteilung einer (abstrakten) Löschungsbewilligung (Aufgabeerklärung) nicht befugt, da diese eine Verfügung über die ihm an sich nicht gehörende Hypothek (auch für den Fall des Nichterlöschens der Forderung durch Befriedigung) enthält (KGJ 23 A 147; 34 A 309; 52, 206; OLG 8, 209). Dies gilt auch dann, wenn die Hypothek für den Hypotheken-

schuldner selbst gepfändet worden ist. Da der Hypothekenschuldner als Pfändungsgläubiger nicht Gläubigerrechte an der Hypothek erlangt hat, so kann er nicht durch Löschungsbewilligung über die Hypothek verfügen; die Forderung ist auch nicht durch Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person erloschen (KGJ 52, 206). Formellrechtlich kann aber die Löschung der Hypothek dadurch herbeigeführt werden, daß der Hypothekenschuldner als Pfändungsgläubiger sich im Wege der Verrechnung für befriedigt erklärt (KGJ 52, 206). Ist eine Hypothek für die Forderung eines Dritten verpfändet, so kann der Pfandgläubiger, wenn seine Forderung fällig geworden ist, die Löschung der Hypothek bewilligen, da er dann nach § 1282 zur Einziehung der Hypothekenforderung berechtigt ist, während dem Hypothekengläubiger selbst die Befugnis zur Einziehung und Löschungsbewilligung nicht zusteht (OLG 46, 17; vgl. § 1282 A 1). Die Pfändungs- und Pfandgläubiger sind berechtigt, bei einer gelöschten, aber nach §§ 14 (kraft Vorbehalts) oder 15 (kraft Rückwirkung) AufwG aufzuwertenden Hypothek die Aufwertung zu betreiben, sie gemäß § 16 Abs 1 anzumelden und einen Widerspruch gegen die Löschung nach § 16 Abs 2 AufwG eintragen zu lassen (OLG 46, 16).

6. Aufgabeerklärung und **Löschung des Rechtes** müssen zusammentreffen, um die Aufhebung des Rechtes herbeizuführen (KGJ 23 A 244; 38 A 275; 43, 151). Solange die Löschung nicht bewirkt ist, bleibt trotz einer, sei es auch nach Abs 2 § 875 bindenden, Aufgabeerklärung das Recht bestehen und der Aufgebende Berechtigter. Er wird im Verhältnisse zu Dritten durch seine Erklärung in der Verfügung über das Recht nicht beschränkt (RG 66, 288; KGJ 38 A 276; 49, 152). Die Entlassung eines Grundstücks aus der Pfandhaft für eine Hypothek hat daher keine dingliche Wirkung, wenn die Hypothek nicht gelöscht wird. Dies gilt, sofern die Hypothek in der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag des Grundstücks erlischt (§ 91 ZVG), auch für das an ihre Stelle tretende Recht auf den Versteigerungserlös. Das Recht auf den Erlös steht also dem Gläubiger zu, der die Pfandentlassung erklärt hat. Er kann allerdings schuldrechtlich verpflichtet sein, sein Pfandrecht an dem Grundstück nicht geltend zu machen und folglich auch aus dem auf das Grundstück entfallenden Versteigerungserlös keine Befriedigung zu suchen (RG 101, 120). Ist aber der Antrag auf Löschung (§ 13 GBO) mit der Aufgabeerklärung bereits beim Grundbuchamt eingegangen und geht alsdann ein weiterer Eintragungsantrag ein, der eine andere Verfügung über das Recht betrifft, so hat das Grundbuchamt nach § 17 GBO zunächst den ersten Antrag durch Bewirkung der Löschung zu erledigen und dann den zweiten Antrag, der nun nicht mehr begründet ist, zurückzuweisen (§ 873 A 13). Liegt einer bewirkten Löschung eine Aufgabeerklärung nicht zugrunde oder ist diese Erklärung nichtig oder mit Erfolg angefochten, so ist auch die Löschung nichtig; dann bleibt das Recht außerhalb des Grundbuchs bestehen (RG 73, 174; 82, 22). Die Löschung kann aber dadurch gültig werden, daß die Aufgabeerklärung nachgeholt oder rechtswirksam wiederholt wird (s. A 4). Die Aufhebung des Rechtes tritt dann mit dem Zeitpunkte der nachträglichen Erklärung ein. Unterbleibt eine solche Erklärung, so kann der Berechtigte im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 894 die Wiedereintragung des Rechts herbeiführen, gegebenenfalls auch mit einer Schuldklage aus der persönlichen Verpflichtung, die der gelöschten Eintragung zugrunde lag, oder mit der Klage aus grundloser Bereicherung zu demselben Ziel gelangen (RG 82, 24). Die Löschungseintragung ist aber auch sonst für sich allein nicht ohne Rechtswirkung. Sie begründet nach § 891 Abs 2 die Vermutung für das Nichtbestehen des Rechtes; der Berechtigte hat also nicht mehr die Vermutung aus § 891 Abs 1 für sich, sondern muß das Fortbestehen seines Rechtes beweisen. Auch kann das Recht durch gutgläubigen Erwerb nach § 892 verlorengehen oder beschränkt werden. Es unterliegt nach § 901 nunmehr der Verjährung (RG JW 06, 17[16]). — Über die Voraussetzungen, unter denen das Grundbuchamt die Löschung vorzunehmen hat, trifft nicht das BGB, sondern die GBO Bestimmung. Über die hauptsächlich in Betracht kommenden Vorschriften der GBO vgl. § 873 A 10. Jetzt ist auch die NotVO über Devisenbeschaffung v. 1. 8. 1931 (Neufassung v. 23. 5. 1932: Vorbem. 8 a. E. vor § 1113) zu beachten: HRR 1932 Nr 1471. Gibt der Ersteher eines Grundstücks eine diesem Grundstück zustehende Grunddienstbarkeit auf, so kann die Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück erst gelöscht werden, wenn der Ersteher auf dem berechtigten Grundstück als Eigentümer eingetragen ist (HRR 1933 Nr 192). — Über den Inhalt der Eintragung bestimmt § 47 Abs 1 GBO, daß die Löschung eines Rechtes durch Eintragung eines Löschungsvermerks zu erfolgen hat. Soll ein Recht nur an einem Teil des belasteten Grundstücks durch Löschung aufgehoben werden, so bedarf es nach § 6 GBO der Abschreibung des befreiten Teiles, weil eine größere und insofern neue Belastung des andern Teiles eintritt (KGJ 21 A 112). Doch handelt es sich dabei nur um eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung nicht die Unwirksamkeit der Löschung zur Folge hat. Daher treten die Wirkungen der Pfandentlassung einer Parzelle auch ohne deren Abschreibung ein, wenn die das ganze Grundstück belastende Hypothek nur auf dieser Parzelle gelöscht wird (RG 101, 120). Wird bei der Übertragung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils auf ein anderes Grundbuchblatt ein eingetragenes Recht nicht mit übertragen, so gilt es nach § 47 Abs 2 GBO in Ansehung des Grundstücks oder des Teiles als gelöscht. Doch folgt hieraus nicht ohne weiteres, daß das Recht materiell erloschen ist; es ist nur nicht mehr gebucht. Ist die Mitübertragung sachlich zu Unrecht unterblieben, liegt der Nichtübertragung insbe-

sondere keine Erklärung des Berechtigten nach § 875 (Entpfändung des Grundstücks oder Grundstücksteils) zugrunde, so besteht das Recht außerhalb des Grundbuchs weiter und kann im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894) wieder zum grundbuchmäßigen Dasein gelangen, soweit nicht etwa ein inzwischen erfolgter Erwerb in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht (KGJ 27 A 116; 46, 211; OLG 40, 57; § 894 A 1 a). — Über die Unzulässigkeit des Antrags auf formelle Löschung einer Hypothek zum Zwecke ihrer Vereinigung mit einer neuen Hypothek vgl. RJA 8, 45.

7. Damit die Aufgabeerklärung, die zwar materiellrechtlich keiner Form bedarf (A 4), aber eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist (KGJ 24 A 218; 37 A 223; 43, 148), Rechtswirkung hat, muß sie gegenüber einem der in Abs 1 Satz 2 genannten Empfangsberechtigten abgegeben sein. Die Erklärung **gegenüber dem Grundbuchamte** kann dadurch erfolgen, daß sie mündlich vor dem Grundbuchamte abgegeben oder schriftlich dem Grundbuchamte eingereicht wird (KGJ 25 A 277). Zur materiellen Wirksamkeit genügt im ersteren Falle die mündliche Abgabe vor dem Grundbuchamte ohne Rücksicht auf die Aufnahme eines Protokolls (A 10), im letzteren Falle auch eine privatschriftliche Eingabe. Formellrechtlich ist allerdings zur Vornahme der Eintragung die Beobachtung der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form erforderlich; danach hängt die Löschung davon ab, daß die vor dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung zu Protokoll genommen ist und die schriftliche Erklärung die genannte Formvorschrift erfüllt. Läßt das Grundbuchamt aber diese Ordnungsvorschrift außer acht und nimmt trotz formloser Erklärung die Löschung vor, so ist die Aufhebung des Rechtes rechtsgültig vollzogen. — Nach § 130 Abs 1, 3 wird die Erklärung mit dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie dem Grundbuchamt zugeht. Dann ist auch die formlos abgegebene Erklärung unwiderruflich (A 10). — Die Erklärung vor dem Grundbuchamt und die Einreichung bei dem Grundbuchamt können auch durch einen Vertreter erfolgen. Über die Vertretung des Aufgebenden bei der Einreichung durch den mitwirkenden Notar vgl. RJA 2, 38; KGJ 24 A 216; 25 A 273, 315; OLG 7, 49. — Da eine empfangsbedürftige Willenserklärung nur dann wirksam abgegeben ist, wenn sie dem Empfangsberechtigten mit dem Willen des Erklärenden zugeht, kann die Aufgabeerklärung nicht als abgegeben gelten, wenn sie ohne den Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt (oder dem Begünstigten; s. A. 8) zugegangen ist (KGJ 48, 187). — Über „Grundbuchamt" vgl. § 925 A 12.

8. Der durch die Erklärung **Begünstigte, dem gegenüber** die Erklärung wirksam abgegeben werden kann, ist in erster Linie der Eigentümer des mit dem Rechte belasteten Grundstücks (KGJ 37 A 233; 43, 149). Aber auch der Inhaber eines dem aufzuhebenden Rechte im Range nachstehenden oder gleichstehenden Rechtes oder einer entsprechenden Vormerkung ist eine Person, zu deren Gunsten die Erklärung erfolgt (KGJ 48, 187). — Für die Form gilt das in A 7 Gesagte. — Wirksam wird die Erklärung gemäß § 130 Abs 1 Satz 1 mit dem Zeitpunkte, in dem sie dem Begünstigten zugeht (JW 1926, 2699[6]). Doch kann die nicht in der Form des Abs 2 § 875 abgegebene Erklärung so lange widerrufen werden, bis die Erklärung (schriftlich) dem Grundbuchamt eingereicht (A 7) oder die Löschung erfolgt ist. Wenn die Erklärung von einem rechtsgeschäftlichen oder einem gesetzlichen Vertreter abgegeben ist und der Erklärende, bevor sie wirksam geworden ist, die Vertretungsmacht verliert, (wenn z. B. der vertretene Minderjährige inzwischen volljährig geworden ist), so wird die Erklärung nicht dadurch wirksam, daß sie demnächst dem Empfangsberechtigten zugeht, es sei denn, daß der Vertretene sie genehmigt (KGJ 43, 151).

9. **Gebunden ist der Aufgebende an seine,** sei es auch formlose **Erklärung,** wenn ihr die Löschung gefolgt oder wenn sie erst nach der Löschung abgegeben ist; dabei ist vorausgesetzt, daß sie gegenüber einem der in Abs 1 Satz 2 genannten Empfangsberechtigten abgegeben und diesem zugegangen ist (A 7, 8). Ferner ist der Aufgebende auch schon vor der Löschung gebunden, wenn er die Erklärung in einer der beiden Arten des Abs 2 abgegeben hat. — Die Wirkung der Bindung ist, daß die Erklärung nicht widerrufen werden kann. Ist die Erklärung nach § 130 wirksam geworden (A 7, 8), so ist es nach § 130 Abs 2 auf ihre Wirksamkeit ohne Einfluß, wenn der Erklärende stirbt oder geschäftsunfähig wird (**RG** JW 1926, 1955[3]). Die Erben oder der gesetzliche Vertreter können aber die Erklärung widerrufen, wenn sie nicht von vornherein bindend war oder inzwischen bindend geworden ist. Ferner wird die bindende Erklärung, auf deren Grundlage der Antrag der Löschung bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist, nach § 878 nicht dadurch unwirksam, daß der Erklärende in der Verfügung beschränkt wird (RJA 9, 276). Dagegen bewirkt die Bindung der Erklärung für sich allein nicht eine Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung über das Recht (A 6). Auch folgt daraus nicht ein Anspruch auf Herbeischaffung oder Nachholung des etwa zur Löschung noch Fehlenden. Vielmehr kann der Begünstigte einen solchen Anspruch nur auf Grund des (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäfts geltend machen. Ist dieses nichtig, so wird es nicht durch die bindende Erklärung geheilt. Im Falle der Anfechtbarkeit kann aber in der bindenden Erklärung eine Bestätigung des auf die Aufhebung des Rechtes gerichteten Grundrechtsgeschäfts nach § 144 Abs 1 gefunden werden (§ 873 A 13). — Im Falle des § 876 (s. oben A 3) hindert das Fehlen der Zustimmung des an dem Grundstücksrechte berechtigten Dritten zwar die Aufhebung des Rechtes, aber nicht die Bindung an die Aufgabeerklärung. Hat der Aufgebende den Löschungsantrag (§ 13 GBO) selbst gestellt, was nament-

lich dann vorkommen kann, wenn er ohne Zuziehung des Eigentümers das Recht durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt zur Aufhebung bringen will, so kann er noch den Antrag gemäß §§ 32, 29 Satz 1 GBO zurücknehmen und dadurch die Löschung verhindern. Sein Widerruf ist aber vom Grundbuchamt in keinem Falle dann zu beachten, wenn der Antrag vom Begünstigten (A 11) gestellt ist (KGJ 25 A 273; OLG 6, 207).

10. Die **gegenüber dem Grundbuchamte** abgegebene Erklärung (A 7) ist auch dann **bindend** und damit unwiderruflich (A 9), wenn sie formlos abgegeben ist. Denn eine Form ist in dieser Hinsicht nicht vorgeschrieben. Insbesondere ist auch eine mündlich vor dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung bindend. Der Aufnahme der Erklärung zu Protokoll bedarf es weder zur Wirksamkeit noch zur Bindung (vgl. § 873 A 15, § 925 A 13).

11. Die **den Vorschriften der GBO entsprechende Löschungsbewilligung,** durch deren **Aushändigung an den Begünstigten** die Erklärung bindend und damit unwiderruflich (A 9) wird, ist die vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegebene oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abgegebene Löschungsbewilligung des durch die Aufhebung des Rechtes Betroffenen im Sinne der §§ 19, 29 Satz 1 GBO, also dieselbe Erklärung, die auch die formellrechtliche Voraussetzung für die Vornahme der Löschung bildet. Durch die Aushändigung der Löschungsbewilligung wird der Begünstigte in den Stand gesetzt, unter Einreichung der Bewilligung den Antrag auf Löschung (§ 13 GBO) zu stellen, der nach § 30 GBO keiner Form bedarf. — Die Aushändigung kann auch durch einen Vertreter erfolgen. Wenn der Gläubiger einer fälligen Hypothek eine den Vorschriften der GBO entsprechende Löschungsbewilligung einem Notar übersendet mit der Weisung, von der Urkunde nach Zahlung des Hypothekenbetrags Gebrauch zu machen, so gilt der Notar als ermächtigt, die Urkunde dem zahlenden Eigentümer auszuhändigen (RG Gruch 52, 957). — Einer körperlichen Aushändigung der Löschungsbewilligung bedarf es nicht unbedingt. Wenn z. B. die Bewilligung in einem zwischen dem Bewilligenden und dem Begünstigten geschlossenen notariellen Vertrage enthalten ist, so ist sie mit dem Abschluß der notariellen Verhandlung als dem Begünstigten zugegangen anzusehen, ohne daß es der Aushändigung einer Ausfertigung der Verhandlung bedarf, die sich der Begünstigte jederzeit verschaffen kann (KGJ 49, 155).

12. **Entsprechende Anwendung** findet § 875 im Falle des § 1132 Abs 2 (Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke) und Abs 2 § 875 in den Fällen der §§ 1168 Abs 2 (Verzicht auf eine Hypothek), 1180 Abs 2 (Wechsel der Forderung bei einer Hypothek).

§ 876

Ist ein Recht an einem Grundstücke mit dem Rechte eines Dritten belastet [1]), so ist zur Aufhebung des belasteten Rechtes [2]) die Zustimmung [3]) des Dritten erforderlich [4]). Steht das aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zu [1]), so ist, wenn dieses Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet ist [1]), die Zustimmung [3]) des Dritten erforderlich [4]), es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird [5]). Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt [6]) oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt [7]); sie ist unwiderruflich [8]).

E I 960, 965, 977, 1015, 1048, 1061 II 797; M 3 463ff., 474, 489, 551, 569, 594; P 3 69ff.; 6 221.

1. Als unmittelbare **Belastungen eines Grundstücksrechts mit dem Rechte eines Dritten** kommen in Betracht: Nießbrauch und Pfandrecht an Reallasten, Hypotheken und Grundschulden (§ 873 A 5). Wenn das betroffene Recht Grundstücksnatur hat (Erbbaurecht, Erbpachtrecht, Abbaurecht: VO v. 15. 1. 19 § 11, EG Artt 63, 68), kommen weiterhin in Betracht alle Belastungen, die auf einem Grundstück ruhen können (§ 873 A 6). Mittelbar können subjektiv-dingliche Rechte, nämlich Grunddienstbarkeit (§ 1018), Vorkaufsrecht (§ 1094 Abs 2), Reallast (§ 1105 Abs 2), mit dem Recht eines Dritten dadurch belastet sein, daß dieses Recht (z. B. eine Hypothek, ein Nießbrauch) das aus jenen Rechten berechtigte Grundstück belastet und dabei jene Rechte als Bestandteile des Grundstücks mitergreift. Auf eine unmittelbare Belastung findet Satz 1 § 876, auf eine mittelbare Satz 2 Anwendung; Satz 3 gilt für beide Belastungen. — Über die Anwendbarkeit des § 876 im Falle der Abtretung einer Hypothek unter Vorbehalt des Zinsgenusses in der Weise, daß die Bestellung eines Nießbrauchs an der Hypothek anzunehmen ist, vgl. § 1158 A 3.

2. Unter der **Aufhebung des belasteten Rechtes** ist auch hier wie im § 875 nur eine Aufhebung durch Rechtsgeschäft gemeint, da eine Zustimmung, also eine rechtsgeschäftliche Erklärung, erfordert wird. Erlischt das belastete Recht aus einem Grunde, der nicht auf Rechtsgeschäft beruht (Fälle in § 875 A 1), so erlischt auch das belastende Recht, soweit es sich auf das belastete Recht bezieht, ohne weiteres; die Zustimmung des Drittberechtigten ist dann nicht erforderlich. Über die Aufhebung eines ein Grundstücksrecht (ohne Grundstücksnatur) unmittelbar belastenden Rechtes (A 1) für sich allein vgl. § 875 A 2. Entsprechende Anwendung findet § 876 in den

Fällen der §§ 877, 880, 1109 Abs 2, 1116, 1132 Abs 2, 1172 Abs 2, 1168 Abs 2, 1180 und die Vorschrift des Satz 3 in den Fällen der §§ 1071, 1276. Auf andere Verfügungen über das belastete Recht (z. B. auf die Übertragung, eine weitere Belastung) bezieht sich § 876 nicht. Sie lassen das Recht des Dritten unberührt und bedürfen daher der Zustimmung des Dritten nicht (M 3, 463; RG 47, 161).

3. Die **Zustimmung** des Drittberechtigten führt in Verbindung mit den übrigen im § 875 für die Aufhebung einer Grundstücksbelastung erforderten Voraussetzungen, nämlich der Aufgabeerklärung des Berechtigten und der Löschung, nicht nur zur Aufhebung der Grundstücksbelastung, und zwar in den Fällen des Satz 2 (mittelbare Belastung: A 1) zur Aufhebung der Belastung auf dem verpflichteten Grundstück, sondern auch zur Aufhebung der Rechtsbelastung selbst: in den Fällen der unmittelbaren Belastung (Satz 1) zur Aufhebung der Rechtsbelastung im ganzen; in den Fällen der mittelbaren Belastung (Satz 2) zur Aufhebung des Belastungsrechtes des Drittberechtigten insoweit, als dieses durch die Belastung des berechtigten Grundstücks die aufzuhebende Grundstücksbelastung mit ergriffen hatte, während hier im übrigen das Recht des Dritten an dem Grundstück unberührt bleibt. — Die Zustimmung ist ein besonderes Rechtsgeschäft für sich. Sie kann, da eine bestimmte Zeit für sie nicht vorgeschrieben ist, von dem „Drittberechtigten" (Inhaber der Rechtsbelastung) nicht nur nach der Aufgabeerklärung des „Berechtigten" (Inhaber des belasteten Rechts), sondern auch schon vorher, und nicht nur vor der Löschung, sondern auch noch nachher wirksam erteilt werden. Sie ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Daher finden auf sie die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung mit Ausnahme der Vorschriften über den Vertrag (§§ 145—157), also die §§ 104—144, 158—181, 184, 185 (nicht auch §§ 182, 183: A 8). Empfangsberechtigt sind die in Satz 3 § 876 genannten Stellen. Die Zustimmung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft; sie ist also von dem (grundsätzlich formlos gültigen) Grundrechtsgeschäfte, das die Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung begründet, losgelöst und namentlich in den Fragen der Form, der Nichtigkeit, der Anfechtbarkeit als selbständiges Rechtsgebilde zu behandeln. Sie kann ersetzt werden durch ein auf Grund des Grundrechtsgeschäfts erstrittenes rechtskräftiges Urteil gegen den Zustimmungspflichtigen nach § 894 ZPO. Wenn zwar die Zustimmungserklärung abgegeben ist, zur Herbeiführung der Löschung aber noch etwas fehlt, was von dem Zustimmungspflichtigen beizubringen ist, so kann aus dem Grundrechtsgeschäft, aber nicht aus der Zustimmung als solcher auf Nachbringung des Fehlenden geklagt werden. In allen diesen Beziehungen gilt dasselbe wie für die vom Berechtigten abzugebende Einigungserklärung des § 873 und die Aufgabeerklärung des § 875. Vgl. hierüber § 873 A 7, 13, § 875 A 4, 9. — Fehlt die Zustimmung des „Drittberechtigten" oder ist sie von vornherein nichtig oder durch Anfechtung nichtig geworden, so ist die etwa nur auf Grund der Aufgabeerklärung des „Berechtigten" vorgenommene Löschung unwirksam; weder die Rechtsbelastung noch das belastete Recht selbst ist materiell aufgehoben. Sowohl der „Drittberechtigte" als auch der „Berechtigte" hat dann gemäß § 894 einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, also auf Wiedereintragung des belasteten Rechtes in dem früheren Rechtszustande, insbesondere einerseits mit der Belastung, anderseits in dem früheren Range, soweit nicht ein inzwischen erfolgter Rechtserwerb im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs nach § 892 entgegensteht (§ 875 A 5, 6). Wird aber die Zustimmung nachträglich erteilt, so gilt nach § 184 die Löschung und damit auch die Aufhebung als von vornherein rechtsgültig erfolgt. Auf die Wirksamkeit der Aufgabeerklärung als solcher, namentlich wenn sie gemäß § 875 Abs 2 bindend abgegeben worden ist, hat das Fehlen der Zustimmung keinen Einfluß. — Eine Form ist für die materielle Gültigkeit der Zustimmung nicht vorgeschrieben. Nach formellem Rechte (§§ 19, 29 GBO) darf allerdings das Grundbuchamt die Löschung nur vornehmen, wenn nicht nur die Aufgabeerklärung des „Berechtigten", sondern auch die Zustimmungserklärung des „Drittberechtigten" in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBO abgegeben ist. Trotz Nichtbeachtung dieser Ordnungsvorschriften, also auch bei Vornahme der Löschung auf Grund einer formlosen Zustimmung, ist aber die Rechtsaufhebung rechtsgültig. — In der Zustimmung kann in den Fällen der unmittelbaren Rechtsbelastung durch Nießbrauch oder Pfandrecht (A 1) nach Lage der Umstände und der Art der Erklärung ein unbedingter, von der Löschung des belasteten Rechtes unabhängiger Verzicht auf das belastende Recht gefunden werden, da dieser Verzicht nach §§ 1064, 1072, 1255, 1273 nur einer einseitigen Erklärung bedarf.

4. Der **„Drittberechtigte"** muß nicht nur geschäftsfähig sein, sondern auch die Befugnis haben, über das belastende Recht zu verfügen. Die Zustimmung zur Aufhebung des belasteten Rechts ist eine Verfügung über das belastende Recht, da sie auch dessen Aufhebung zur Folge hat (A 3). Daher gilt in dieser Hinsicht dasselbe wie für die Befugnis des „Berechtigten" zur Verfügung über das belastete Recht. Vgl. hierüber § 875 A 5.

5. Nicht berührt durch die Aufhebung des belasteten Rechtes wird das Recht des Dritten in den nach Satz 2 allein in Betracht kommenden Fällen der mittelbaren Belastung (A 1), wenn also z. B. das belastende Recht des Dritten ein Nießbrauch oder eine Grunddienstbarkeit und das mit dem hierdurch belasteten Grundstücke verbundene, als Bestandteil des Grundstücks mitbelastete Recht ein Vorkaufsrecht an einem andern Grundstück ist. Als allgemeiner Gesichtspunkt dafür,

ob die Aufhebung des mitbelasteten Rechts das belastende Recht unberührt läßt, ist aufzustellen, daß dieses Recht in seiner Ausübung und Durchführung durch die Entziehung des belasteten Rechts als eines seiner Belastungsgegenstände keinerlei Einbuße erleidet. Dabei hat die Möglichkeit außer Betracht zu bleiben, daß das Recht des „Drittberechtigten" im Falle der Zwangsversteigerung des damit belasteten Grundstücks sich in einen Anspruch auf den Versteigerungserlös umwandeln und daß dann für die Höhe dieses Anspruchs das Fortbestehen des belasteten Rechts von Bedeutung sein kann. Denn für die hier erörterte Frage kommt nur in Betracht das Berührtwerden des Rechtes selbst, wenn und solange es als solches besteht (M 3, 464 f.). Wird das belastende Recht nicht berührt, so bedarf es der Zustimmung des „Drittberechtigten" nicht. Dem Grundbuchamt muß freilich das Vorliegen dieser Voraussetzung nachgewiesen werden, wenn die Löschung ohne die Zustimmungserklärung beantragt wird. Nach formellem Grundbuchrecht (§ 21 GBO) ist aber ohne Rücksicht darauf, ob der Nachweis erbracht wird oder nicht, eine Zustimmungserklärung zur Vornahme der Löschung überhaupt nicht erforderlich, wenn das belastete (subjektiv-dingliche) Recht auf dem Grundbuchblatt des berechtigten Grundstücks nicht vermerkt ist (vgl. § 8 GBO). — Über den Ersatz der Zustimmungserklärung durch ein Unschädlichkeitszeugnis vgl. den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in Art 120 Abs 2 Ziff 2 EG.

6. Über Erklärung **„gegenüber dem Grundbuchamte"**, das einer der beiden im Satz 3 für die Zustimmungserklärung bestimmten Empfangsberechtigten ist, vgl. die Ausführungen zu der Aufgabeerklärung in § 875 A 7, 10, die entsprechend auch hier gelten.

7. Der durch die Zustimmung **Begünstigte**, der empfangsberechtigt ist, kann der Eigentümer, ein Miteigentümer, der „Berechtigte" (A 3) oder der Inhaber eines andern im Range gleichstehenden oder nachstehenden Rechtes sein. Vgl. im übrigen die entsprechend anzuwendenden Ausführungen in § 875 A 8.

8. Die Zustimmung ist stets **unwiderruflich**, wenn sie gegenüber einem der in Satz 3 genannten Empfangsberechtigten abgegeben ist. Die §§ 182, 183 finden hier keine Anwendung. Auch wenn die Zustimmung vor der Abgabe der Aufgabeerklärung des § 875 erteilt wird, ist sie unwiderruflich. Die Unwiderruflichkeit hängt auch nicht wie die Unwiderruflichkeit der Aufgabeerklärung nach § 875 Abs 2 von der Einhaltung einer Form ab. Auch die gegenüber einem Empfangsberechtigten formlos erklärte Zustimmung ist bindend. — Verfügt der „Drittberechtigte" nach Abgabe der unwiderruflichen Zustimmung anderweit über sein belastendes Recht (z. B. über eine Hypothek, die eine mit dem belasteten Grundstück verbundene Reallast ergreift), so muß der Erwerber die Zustimmung gegen sich gelten lassen; seiner eigenen Zustimmung zur Aufhebung bedarf es nicht, wenn er sich nicht auf den guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs berufen kann (vgl. §§ 404, 413, 892 u. Prot 3, 72 f.). — Beim Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des „Drittberechtigten" nach der Abgabe seiner Zustimmungserklärung findet § 878 keine Anwendung, da er sich nur auf „eine in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung" bezieht (RG 52, 416). Da aber die Zustimmung sofort unwiderruflich und ein in sich vollendetes Rechtsgeschäft ist, so ergibt sich von selbst, daß eine nachträgliche Verfügungsbeschränkung (z. B. die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des „Drittberechtigten") keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der Zustimmung hat; das gilt selbst dann, wenn noch nicht einmal alle Voraussetzungen des § 878 (z. B. nicht ein beim Grundbuchamte gestellter Eintragungsantrag) vorliegen (RG 52, 416).

§ 877

Die Vorschriften der §§ 873 [1]), 874 [2]), 876 [3]) finden auch auf Änderungen des Inhalts eines Rechtes [4]) an einem Grundstück [5]) Anwendung [6]).

E I 1134, 1144 II 798; M 3 779, 795 f.; P 3 692 ff.; 4 586 f.

1. Aus der **Anwendung des § 873** folgt, daß zur Rechtsänderung (z. B. zur Abänderung einer eingetragenen Wegegerechtigkeit: KGJ 48, 177) die (formlose) Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber des Rechtes und die Eintragung der Änderung erforderlich ist (§ 873 Abs 1; KGJ 48, 177). Ob die Änderung auf eine Erweiterung oder eine Einschränkung der Befugnisse des Berechtigten (z. B. Aufhebung der Übertragbarkeit des Rechtes) hinausläuft, macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied (RG JW 04, 282[1]). Handelt es sich aber lediglich um eine teilweise Aufhebung des Rechtes, die auch nicht etwa mit einer Erweiterung des Rechtes nach einer andern Richtung verbunden ist, so kommt § 875 zur Anwendung. Dann genügt die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er den Teil des Rechtes aufgebe, und die hinzutretende Löschung des Rechtsteils. Ist die Einigung nach § 873 Abs 2 bindend erklärt und der Antrag auf Eintragung der Änderung beim Grundbuchamt gestellt, so gilt für die Einflußlosigkeit des Eintritts einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers oder des Rechtsinhabers der § 878. Formellrechtlich bedarf es zur Vornahme der Änderungseintragung nicht des Nachweises der Einigung, sondern nur der in den Formen des § 29 Satz 1 GBO erklärten Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (§ 19 GBO) und eines (formlosen: § 30 GBO) Eintragungs-

antrags des Aktivbeteiligten oder des Passivbeteiligten (§ 13 Abs 1, 2 GBO). Vgl. im übrigen die entsprechend anzuwendenden Bemerkungen zu § 873.

2. Nach dem **anzuwendenden § 874** kann ebenso wie bei der Eintragung eines Rechtes auch bei der Eintragung der Änderung zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Rechtsänderung auf die Eintragungsbewilligung und auf Urkunden, auf welche diese verweist (§ 874 A 5), Bezug genommen werden (KGJ 48, 178).

3. Die **Anwendung des § 876** findet statt, wenn das zu ändernde Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Es bedarf dann zur Änderung des Inhalts des belasteten Rechtes der Zustimmung des Drittberechtigten (§ 876 Satz 1). In den Fällen der mittelbaren Rechtsbelastung (§ 876 A 1) ist die Zustimmung des „Drittberechtigten" nicht erforderlich, wenn durch die Änderung des mittelbar belasteten Rechtes das belastende Recht nicht berührt wird (§ 876 Satz 2). Daher bedarf es z. B. der Zustimmung der Hypothekengläubiger des herrschenden Grundstücks nicht, wenn eine durch die Hypotheken mittelbar belastete Wegegerechtigkeit, die nur auf einem Teil des dienenden Grundstücks ruht (vgl. § 6 GBO.), auf einen andern Teil verlegt werden soll (str.; s. auch A 4). Vgl. im übrigen die entsprechend anzuwendenden Bemerkungen zu § 876.

Die Zustimmung eines Drittberechtigten kann auch **nach anderen Vorschriften als § 877** (in Verbindung mit § 876) zur Änderung des Inhalts eines Grundstücksrechts erforderlich sein. Wird z. B. das Recht erweitert, so ist die Zustimmung der Inhaber gleich- oder nachstehender Rechte erforderlich, da die Erweiterungen sich als Neubelastungen darstellen, die den genannten Rechten nach § 879 nachstehen müßten (KGJ 52, 200; über die Änderung des Inhalts einer Hypothek durch nachträgliche Vereinbarung der sog. Goldklausel vgl. § 1119 A 5). Eine Ausnahme enthält § 1119 Abs 2 für die Erweiterung gewisser Nebenleistungen bei der Hypothek (RJA 7, 260; KGJ 52, 201). Vgl. auch §§ 1186, 1198, 1203. Der auf diese Vorschriften gegründeten Ansicht, daß es zu jeder Inhaltsänderung der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedürfe, kann nicht beigetreten werden. Wenn dies als Regel gelten sollte, hätte es im § 877 bestimmt werden müssen. Aus den §§ 1119 Abs 2, 1186, 1198, 1203 läßt sich aber eher eine Regel im Sinne des Nichterfordernisses der Zustimmung entnehmen. Auch wäre ein gesetzgeberischer Grund dafür nicht ersichtlich, daß die Zustimmung auch dann erforderlich sein sollte, wenn die Rechtsstellung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten durch die Inhaltsänderung nicht verschlechtert wird (KGJ 52, 200). Eine Verschlechterung ist z. B. nicht gegeben, wenn bei einer Höchstbetragshypothek die nur dem Höchstbetrage nach bezeichneten ungewissen Ansprüche des Gläubigers durch eine bestimmte Forderung ersetzt werden, oder wenn bei einer gewöhnlichen Sicherungshypothek oder bei einer Verkehrshypothek an die Stelle der zugrunde liegenden aufschiebend bedingten Forderung eine unbedingte gesetzt wird. Denn bis dahin bestand eine (vorläufige) Eigentümergrundschuld (§§ 1113 A 7, 1190 A 1), welche das Aufrücken der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten verhinderte (KGJ 52, 202; vgl. aber auch **RG** Warn 09 Nr 360, wo indessen die nachstehenden Hypothekengläubiger, deren Zustimmung zur Umwandlung der für eine bedingte Forderung bestellten Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek erfordert ist, nur mit Rücksicht auf die Bedingtheit der Forderung den Vorrang vor ihren Hypotheken eingeräumt hatten). Dasselbe hat zu gelten für sog. Strafzinsen bei unpünktlicher Rückzahlung des Kapitals, wenn ihr Betrag nicht erhöht wird, sondern nur die Bedingungen für ihren Verfall innerhalb des bisher für die Nebenleistungen eingetragenen Gesamtzinssatzes verschärft oder erweitert werden (KGJ 52, 197). Überhaupt tritt eine Verschlechterung der Rechtsstellung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten infolge einer Änderung von Nebenleistungen nur dann ein, wenn dadurch der Umfang des Rechtes derart erweitert wird, daß die Änderung einer Neubelastung gleichkommt (s. oben; KGJ 24 A 130; 26 A 290; 33 A 250; 52, 201; RJA 15, 243). Daher kann die Erhöhung des Satzes der laufenden Zinsen einer Hypothek ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Gläubiger in das Grundbuch eingetragen werden, wenn infolge der gleichzeitig eintretenden Herabsetzung des Satzes der ausbedungenen Strafzinsen für den Säumnisfall die Gesamtbelastung des Grundstücks nicht vergrößert wird (JFG 9, 255).

4. **Inhalt eines Rechtes** bedeutet hier ebenso wie im § 874 (s. dort A 4) die Gesamtheit der aus der Rechtsbegründung sich ergebenden Befugnisse des Berechtigten (KGJ 50, 188). Eine Neugestaltung, die den Inhalt des Rechtes in diesem Sinne nicht zum Gegenstande hat, fällt nicht unter § 877. Deshalb stellt sich z. B. die Verlängerung der Geltungsdauer eines zeitlich begrenzten Nießbrauchs nicht als eine Änderung des Rechtsinhalts dar, sondern als neue Grundstücksbelastung mit einem Nießbrauch für den neuen Zeitraum; denn die Befristung eines Nießbrauchs gehört nicht zum Inhalt des Rechtes (§ 874 A 4). Dies ist materiellrechtlich besonders für das Rangverhältnis von Bedeutung, da die neue Belastung nicht den Rang des bisherigen Nießbrauchs hat, sondern mit dem Range nach den auf diesen folgenden Rechten einzutragen ist. Formellrechtlich ergibt sich ferner, daß die Eintragung nicht in der Veränderungsspalte, sondern in der Hauptspalte zu erfolgen hat (KGJ 50, 188). Ebensowenig wie in dem Nießbrauchsbeispiel handelt es sich um eine Änderung des Rechtsinhalts, wenn an die Stelle einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090) eine Grunddienstbarkeit (§ 1018) treten soll. Denn zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der persönlichen Dienstbarkeit gehört, daß die Berechtigung an eine

natürliche oder juristische Person, nicht, wie das Recht aus der Grunddienstbarkeit, an den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks geknüpft ist. Die Ersetzung kann daher nur in der Weise erfolgen, daß die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gelöscht und die Grunddienstbarkeit neu eingetragen wird (JFG 1, 414). Über die Erhöhung des Kapitals einer Hypothek und über die Herabsetzung des Kapitals und des Zinssatzes einer Hypothek s. A 6. Wenn eine Hypothek in eine wertbeständige Hypothek (§ 1113 A 4) umgewandelt werden soll, so muß für den etwaigen Mehrbetrag des Kapitals ein neues Recht eingetragen werden (OLG 43, 218). — Unter **Inhaltsänderungen** sind im § 877, wie sich aus der Bezugnahme auf die §§ 873, 876 ergibt, nur die auf Rechtsgeschäft beruhenden, nicht auch die kraft Gesetzes eintretenden Änderungen zu verstehen. Daher gehören z. B. nicht hierher Änderungen, die eintreten: bei der Grunddienstbarkeit nach §§ 1025, 1026; bei der Hypothek nach § 1177, nach §§ 1164, 1174 und nach §§ 1173 Abs 2, 1182; bei der nach Art 113 EG der landesgesetzlichen Regelung vorbehaltenen Zusammenlegung von Grundstücken. Eine Änderung des Inhalts liegt zunächst vor, wenn die Grundstücksbelastung in eine anders geartete umgewandelt wird: z. B. eine Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek (§ 1186); eine Hypothek in eine Grundschuld oder umgekehrt (§ 1198, KGJ 25 A 300; OLG 45, 272); eine Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld (§ 1203). Sie liegt aber auch dann vor, wenn beim Bestehenbleiben der Berechtigung in ihrer bisherigen Gesamtart ihr Umfang und ihre Gestaltung nur im einzelnen verändert wird (RJA 2, 36; KGJ 52, 200). Daher findet § 877 z. B. in folgenden Fällen Anwendung: wenn ein Hypothekenrecht in den Nebenleistungen erweitert werden soll (§ 1119 A 3, RG 72, 366; RJA 7, 259; 8, 45; KGJ 40 A 283; 52, 200); wenn unter Aufhebung der Ausschließung eines Hypothekenbriefs eine Briefhypothek begründet werden soll (§ 1116 Abs 3), da hierdurch die Verkehrsfähigkeit der bisherigen Buchhypothek verändert wird (RJA 2, 36); wenn die Übertragbarkeit eines Rechtes (vgl. §§ 399, 413) aufgehoben werden soll (RG JW 04, 282 [1]); wenn der Eigentümer sich dem Hypothekengläubiger gegenüber nachträglich der Zwangsvollstreckung gemäß § 800 ZPO unterwirft, da der Gläubiger dadurch einen schnelleren Zugriff für sein Recht erlangt und dies auf die Rechtslage nachstehender Berechtigter von Einfluß sein kann (OLG 14, 136; a. M. 45, 99); wenn der Rang zweier Rechte geändert werden soll und § 880 Abs 2 nicht zutrifft (z. B. im Falle der Vereinbarung der Rangänderung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber beider Rechte), da hierdurch die Sicherung der Durchführung und auch die Wertschätzung bei dem einen Rechte vermindert, bei dem andern vermehrt wird (RJA 9, 268; KGJ 39 A 195; § 880 A 1); wenn dem Eigentümer von dem Inhaber eines Rechtes die Befugnis eingeräumt wird, ein anderes Recht mit Vorrang eintragen zu lassen, da dadurch das betroffene Recht, dessen Rang sich bisher nach § 879 richtete, umgewandelt wird in ein Recht, das einem künftigen Rechte im Range nachstehen soll (§ 881 A 3; RJA 9, 54); wenn eine Grunddienstbarkeit nicht nur der Ausübung nach gemäß § 1023 eine (nicht in das Grundbuch gehörende) Änderung erfahren, sondern von einem Teil, auf dem allein sie eingetragen ist (vgl. § 6 GBO), auf einen andern Teil des belasteten Grundstücks verlegt werden soll (A 3), da die Dienstbarkeit hinsichtlich des Belastungsgegenstandes eine andere Gestaltung gewinnt (str.). Vgl. auch §§ 1189, 1192, 1195, 1200. Dagegen fällt nicht unter § 877 die Änderung der Person des Berechtigten bei der Übertragung des Rechts, da der Inhalt des Rechts dadurch nicht geändert wird. Das gilt auch von der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstück nach § 1059 Satz 2, wodurch der Inhalt des dinglichen Rechtes nicht berührt wird (JFG 1, 412).

5. Über **Grundstücke** und **Rechte daran** vgl. § 873 A 4, 6. Die Änderung des Inhalts von Rechten, die solche Rechte belasten, fällt nicht unter § 877 (OLG 29, 379).

6. Die **Anwendung** findet nur statt, soweit nicht das Gesetz für einzelne Rechtsänderungen etwas anderes bestimmt. Vgl. in dieser Hinsicht §§ 880, 1151 (Rangänderung), 1109 (Teilung des herrschenden Grundstücks im Falle einer subjektiv-dinglichen Reallast), 1116 Abs 2 (Ausschließung der Erteilung des Hypothekenbriefs), 1132 Abs 2 (Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke), 1180 (Ersatz einer Hypothekenforderung durch eine andere). Vgl. auch die Übergangsbestimmung des Art 189 Abs 1 Satz 2 EG. — Unzulässig ist die Änderung eines hypothekarischen Rechtes (Hypothek jeder Art, einschließlich Höchstbetrags-, Zwangs- und Arresthypothek, Grundschuld) durch Erhöhung der Kapitalsumme, da der wesentliche Inhalt eines solchen Rechtes nach §§ 1113, 1191 die Sicherung der Zahlung einer ziffernmäßig begrenzten Geldsumme ist. Für den erhöhten Kapitalbetrag kann nur ein neues hypothekarisches Recht eingetragen werden (§ 1119 A 4 a. E.). Die Herabsetzung des Zinssatzes einer Hypothek ist ebenso wie die Herabsetzung des Kapitals keine Inhaltsänderung, sondern eine teilweise Aufhebung der Hypothek im Sinne der §§ 875, 1183 (RG 72, 366).

§ 878

Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung [1]) wird nicht dadurch unwirksam [2]), daß der Berechtigte in der

Verfügung beschränkt wird [3]), nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden [4]) und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist [5]).

E I 831, 834, 1134, 1144 II 799; M 3 190ff., 200f., 779, 795f.; P 3 65ff.; 4 586.

1. Die Erklärung muß **von dem Berechtigten** abgegeben sein. Über den Begriff des Berechtigten im Sinne der §§ 873, 875, 877 vgl. § 873 A 8. Ist der Erklärende nicht Berechtigter in Ansehung des Grundstücks oder des Rechtes, über das er durch die Erklärung verfügt, so ist die Erklärung von vornherein unwirksam. Mithin kann nicht in Frage kommen, daß sie noch durch den nachträglichen Eintritt einer Verfügungsbeschränkung unwirksam wird. Für einen solchen Fall hat also § 878 keine Bedeutung (RG 89, 156). Wenn z. B. der Käufer eines Grundstücks, bevor er die Auflassung erhalten hat, die Eintragung einer Hypothek bewilligt und dann gegen ihn ein Veräußerungsverbot erlassen wird, findet § 878 keine Anwendung, da der Käufer noch nicht Eigentümer, also nicht zu der Eintragungsbewilligung berechtigt war. Ergeht das Veräußerungsverbot, nachdem ihm das Grundstück aufgelassen, bevor er aber als Eigentümer eingetragen ist, so kann allerdings unter Umständen in der Auflassung zugleich die Einwilligung des Verkäufers als des eingetragenen Berechtigten in die Verfügung des Käufers über das Grundstück zu finden sein. Trotzdem ist auch in diesem Falle § 878 nicht anwendbar, selbst wenn der Käufer demnächst als Eigentümer eingetragen und so die Bewilligung der Hypothekeintragung an sich wirksam wird (§ 185 Abs 2). Denn der nachträgliche Erwerb des Gegenstandes, über den der Käufer als Nichtberechtigter verfügt hat, hat nicht wie die Genehmigung des Berechtigten nach § 184 Abs 1 rückwirkende Kraft. Daher verbleibt es trotz des nachträglichen Eigentumserwerbs des Käufers dabei, daß seine Bewilligung der Hypothekeintragung zur Zeit des Erlasses des Veräußerungsverbots die eines Nichtberechtigten war (RG 89, 158; 135, 382). — Ferner werden nur die **in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärungen** von § 878 betroffen, also die dinglichen Rechtsgeschäfte, die zum Gegenstande haben: die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, die Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte, die Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes (§ 873); die Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (§ 875); die Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück (§ 877). Auf die zu solchen Rechtsgeschäften in den Fällen der §§ 876, 880 Abs 2, 1183 erforderliche Zustimmung anderer Personen bezieht sich § 878 nicht (RG 52, 416). Diese Zustimmungserklärungen werden aber aus anderem Grunde durch eine nachträglich eintretende Verfügungsbeschränkung in ihrer Wirksamkeit ebenfalls nicht berührt, und zwar selbst dann nicht, wenn nicht alle Voraussetzungen des § 87 vorliegen (§ 876 A 8). Das Erlöschen der Vollmacht, auf Grund deren eine Erklärung abgegeben ist, gehört gleichfalls nicht hierher. Tritt das Erlöschen nach Stellung des Eintragungsantrags ein (z. B. wenn die vom Konkursverwalter erteilte Auflassungsvollmacht nach erklärter Auflassung infolge Aufhebung des Konkurses erlischt), so kann die Eintragung nicht mehr erfolgen, da das Verfügungsrecht des Vollmachtgebers, in dessen Namen erklärt worden ist, auch noch zu der Zeit der Eintragung fortbestehen muß (OLG 26, 4; JFG 1, 341). Ferner fällt nicht unter § 878 die Bewilligung einer Vormerkungseintragung, da durch die Vormerkung kein dingliches Recht begründet wird (§ 885 A 2). Weiter gehört auch nicht hierher der gegen einen demnächst in der Verfügung beschränkten Schuldner gestellte Antrag des Gläubigers auf Eintragung einer Zwangshypothek (§ 867 ZPO), da § 878 nur auf Eintragungen sich bezieht, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen (RG 84, 280; RJA 10, 232). Dagegen findet § 878 Anwendung in den Fällen der §§ 880 Abs 2, 1109 Abs 2, 1116 Abs 2, 1132 Abs 2, 1154 Abs 3, 1168 Abs 2, 1180 Abs 1, 1195 Abs 2, 1260 Abs 1. — Die durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO ersetzte Erklärung des Berechtigten steht auch hinsichtlich des § 878 der freiwilligen Erklärung gleich (§ 873 A 7b).

2. Nicht unwirksam wird die Erklärung durch die Verfügungsbeschränkung nur dann, wenn beide Erfordernisse des § 878, die Unwiderruflichkeit der Erklärung und die Antragstellung, bereits zu der Zeit vorliegen, in der die Verfügungsbeschränkung eintritt. Geht also z. B. vor Erledigung eines auf Grund einer Auflassung gestellten Antrags auf Umschreibung des Eigentums ein Ersuchen des Vollstreckungsgerichts zu den Grundakten ein, auf Grund der gegen den auflassenden Eigentümer angeordneten Zwangsversteigerung den Zwangsversteigerungsvermerk einzutragen, so steht die mit dem Eingang des Ersuchens wirksam gewordene Verfügungsbeschränkung (Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten des betreibenden Gläubigers: A 3 Abs 2) der Eintragung des Eigentumsübergangs auf Grund der Auflassung nicht entgegen (JFG 1, 312). Ebenso wird, wenn eine bindende Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger über die Bestellung einer Hypothek erfolgt und der Antrag auf Eintragung der Hypothek beim Grundbuchamt gestellt ist, die Eintragung der Hypothek nicht dadurch unzulässig, daß über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet wird (OLG 45, 189); allerdings genügt dazu nicht allein die (formgerechte) Eintragungsbewilligung des Eigentümers (OLG 45, 190; HRR 1932 Nr 1656). Eine bestimmte zeitliche Aufeinanderfolge der beiden Erfordernisse ist nicht vorgeschrieben. Insbesondere sind die Voraussetzungen des § 878 auch dann gegeben, wenn die

Unwiderruflichkeit der Erklärung erst nach dem Antrag eingetreten ist, sofern sie nur vor der Verfügungsbeschränkung liegt (OLG 15, 231). Ist aber die Erklärung von dem Berechtigten noch nicht unwiderruflich abgegeben, so übt die Verfügungsbeschränkung ihre Wirkung aus. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Passivbeteiligte (Übertragende, Belastende, Aufgebende) die „Eintragungsbewilligung“ des § 873 Abs 2 oder die „Löschungsbewilligung“ des § 875 Abs 2 nicht in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBO erklärt oder wenn er seine Erklärung dem Aktivbeteiligten (Begünstigten) noch nicht ausgehändigt hat. Auch wenn der Passivbeteiligte selbst in diesen Fällen bereits den Antrag auf Eintragung oder Löschung gestellt hat (§ 13 Abs 2 GBO), wirkt eine nachträglich gegen ihn gerichtete Verfügungsbeschränkung noch, sofern sie vor der Eintragung oder Löschung eintritt. Denn der Passivbeteiligte kann zu dieser Zeit noch seine Erklärung widerrufen und den Antrag zurücknehmen (§ 32 GBO). Ob die Erklärung tatsächlich widerrufen und der Antrag zurückgenommen wird, darauf kommt es nicht an. Aber auch dann, wenn die Erklärung in bindender Form abgegeben ist, wirkt die nachträglich eintretende Verfügungsbeschränkung, wenn sie zu einer Zeit eintritt, in der ein Eintragungsantrag noch nicht gestellt ist. Die Wirkung der Verfügungsbeschränkung besteht dann darin, daß die Einigung über die Eintragung oder Löschung (in andern gleichliegenden Fällen sonstige Erklärungen, wie Übertragungs-, Belastungs-, Aufgabeerklärungen) unwirksam ist gegenüber dem, zu dessen Schutze die Verfügungsbeschränkung besteht, und daß die etwa auf ihrer Grundlage erfolgte Eintragung (Löschung) der Anfechtung unterliegt. Wirkt die Verfügungsbeschränkung (der Ausschluß der Verfügungsbefugnis) allgemein (absolut), so ist die Eintragung nichtig (A 3). In solchen Fällen muß das Grundbuchamt die beantragte Eintragung ablehnen, weil die Grundlage für die Eintragung, das dingliche Rechtsgeschäft, nichtig ist. Wenn dagegen die Verfügungsbeschränkung nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, darf das Grundbuchamt (auch wenn die Voraussetzungen des § 878 nicht vorliegen) die Eintragung nicht ablehnen. Denn der Passivbeteiligte ist trotz der Verfügungsbeschränkung an sich zur Verfügung befugt; seine Verfügung ist wirksam für den Aktivbeteiligten (Erwerber des Rechtes) und gegenüber dritten Personen, die nicht zu den geschützten gehören; den geschützten Personen gegenüber kann der Mangel der Verfügungsbefugnis (z. B. durch Genehmigung, Aufhebung der Verfügungsbeschränkung) wegfallen (RG 105, 76; KGJ 52, 130). Ausnahmen gelten für den Konkurs und die Nachlaßverwaltung (A 3). Abgesehen von diesen Ausnahmen hat daher § 878 für das Grundbuchverfahren (die Vornahme der Eintragung) nur Bedeutung in den Fällen absolut wirkender Verfügungsbeschränkungen. Vgl. aber wegen der Löschungseintragungen mit Rücksicht auf die erforderliche Sicherung der geschützten Personen gegen die Wirkung des Rechtserwerbs in gutem Glauben RJA 3, 48; 4, 69; KGJ 22 A 315; 23 A 242; 25 A 278; 30 A 286. — Die Vorschrift des § 878, daß die Erklärung durch eine nach Bindung und Antrag eintretende Verfügungsbeschränkung nicht unwirksam gemacht wird, hat nur die Bedeutung, daß die Verfügungsbeschränkung (z. B. die Konkurseröffnung) der Rechtsgültigkeit der eingetragenen Rechtsänderung keinen Abbruch tut, daß vielmehr die Rechtsänderung auch gegenüber dem, zu dessen Schutz die Verfügungsbeschränkung dienen soll (z. B. den Konkursgläubigern), an sich als gültig vollzogen gilt. Dies schließt nicht aus, daß die eingetragene Rechtsänderung aus anderem Grunde nichtig oder anfechtbar ist. Ein solcher Grund ist z. B. die Anfechtung nach §§ 29ff. KO, wenn (nach Bindung und Antrag, aber) vor der Eintragung der Konkurs über das Vermögen des Passivbeteiligten eröffnet war (RG 51, 284; 81, 424; OLG 15 S. 230, 233).

3. Die **Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung** im Sinne des § 878 umfaßt alle rechtlichen Behinderungen oder Beeinträchtigungen des Berechtigten oder seines Vertreters in der Befugnis, über das Recht durch Rechtsgeschäft zu verfügen, d. h. eine Änderung an dem Recht (Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhaltsveränderung) unmittelbar (im Gegensatze zur Übernahme von Verpflichtungen zu Leistungen) durch eigene Machtvollkommenheit herbeizuführen (KGJ 51, 298). Gleichgültig ist dabei, ob die Beschränkungen auf Rechtsgeschäft (z. B. letztwilliger Verfügung), behördlicher Anordnung oder unmittelbar auf (Reichs- oder Landes-) Gesetz beruhen (RJA 13, 250). Nach diesem Begriff der Verfügung ist z. B. keine Verfügungsbeschränkung die Beschränkung des Eigentümers in der Befugnis zur Verpachtung seines Grundstücks, da mit dem Abschluß eines Pachtvertrags nur schuldrechtliche Beziehungen begründet werden (KGJ 51, 298). Die Verfügungsbeschränkung ist auch zu unterscheiden von Beschränkungen der Erwerbs- und Verpflichtungsfähigkeit, also der Fähigkeit, zu erwerben und sich persönlich zu verpflichten, und von Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit, wodurch nicht die Befugnis, sondern die Fähigkeit zu einer wirksamen Verfügung beschränkt wird (§§ 104ff.; RJA 9, 277). In letzterer Hinsicht enthält bereits § 130 Abs 2 die allgemeine Vorschrift, daß eine Willenserklärung, die nach § 130 Abs 1, 3 wirksam geworden ist, durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit ebensowenig unwirksam wird wie durch den Tod des Erklärenden. § 878 hat die Bedeutung einer Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Verfügungsbefugnis des Berechtigten bis zur Vollendung der Rechtsänderung vorhanden sein muß; diese Ausnahme gilt aber nur unter den vom Gesetz bestimmten Voraussetzungen, insbesondere also nur für eine den Berechtigten treffende Verfügungsbeschränkung (OLG 45, 189). Auf nachträglich

eintretende Erwerbsbeschränkungen oder sonstige Erwerbshindernisse (z. B. ein nach gestelltem Antrag auf Umschreibung des Eigentums an einem aufgelassenen Grundstück durch einstweilige Verfügung erlassenes Verbot an den Erwerber, sich das Eigentum durch Eintragung zu verschaffen) bezieht § 878 sich nicht; solche Hindernisse können also den Erwerb auch in den Fällen des § 878 hindern (**RG** 120, 120; § 925 A 5; JFG 1 S. 379, 383).

Unter § 878 fallen nicht solche Verfügungsbeschränkungen, die erst mit der Eintragung in das Grundbuch wirksam werden, also z. B. nicht die Veräußerungs- und Belastungsbeschränkung des § 77 Reichsversorgungsgesetz v. 22. 12. 1927 vor ihrer Eintragung (JW 1932, 2443 [4]). Im übrigen aber betrifft § 878 zunächst alle Arten teilweiser oder gänzlicher Entziehung der Verfügungs- und Vertretungsmacht, die **in den persönlichen Verhältnissen und Beziehungen des Erklärenden ihre Grundlage** haben, z. B. nach §§ 26 Abs 2 64, 70 (Vertretungsmacht des Vereinsvorstandes), § 710 (Vertretung der Gesellschaft), §§ 1357, 1394ff., 1442ff., 1516 (Vertretungsmacht nach Eherecht, Einfluß nachträglichen Eheschlusses nach Maßgabe des Güterstandes; vgl. RJA 9, 276), §§ 1630, 1641, 1643ff., 1670, 1804ff. (Vertretung nach Maßgabe der Vorschriften über die elterliche Gewalt und des Vormundschaftsrechts), §§ 2113ff., 2121 (Vorerbe), §§ 2306, 2308, 2338 (mit Beschränkung als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter), § 2365 (Vermutung für die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers). Ebenso gehören hierher die Konkurseröffnung (§§ 6, 7, 15 KO; s. unten) und die ihr in den Wirkungen ähnliche Anordnung der Nachlaßverwaltung nach §§ 1975ff. BGB (s. unten). Ferner fallen unter § 878 der Ausschluß und die Einschränkungen der Verfügungsmacht (insbesondere der Übertragungsmacht), die **aus sachlichen Gründen** hinsichtlich des betreffenden Rechtes erfolgen. Von diesen Beschränkungen kommen für § 878 **namentlich** in Betracht die **Veräußerungsverbote** der §§ 134—136. Diese beruhen auf Gesetz (§§ 134, 135) oder auf Anordnung der Gerichte oder anderer Behörden (§ 136). Die praktisch wichtigsten Fälle gesetzlicher Veräußerungsverbote enthält das **Reichserbhofgesetz** v. 29. 9. 1933, das Grundgesetz des neuen deutschen Bauerntums. Das Gesetz schützt im Interesse der Volksgesamtheit den bäuerlichen Grundbesitz vor Zersplitterung und Überschuldung. Der Bauer darf seinen Erbhof (Begriff: Vorbem 1 vor § 873) grundsätzlich weder veräußern noch belasten (§ 37 Abs 1 des Gesetzes). Nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes kann das Anerbengericht eine Veräußerung oder Belastung genehmigen (§ 37 Abs 2; Näheres über das Erfordernis der Genehmigung und das Genehmigungsverfahren im § 15 der 2. DurchfVO v. 19. 12. 1933). Ohne Genehmigung dürfen ausnahmsweise eingetragen werden: Grunddienstbarkeiten, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten und öffentliche Lasten (§ 64 der 1. DurchfVO v. 19. 10. 1933), Entschuldungs- und Betriebssicherungshypotheken im Osthilfegebiet (§ 17 der 2. DurchfVO v. 19. 12. 1933), Belastungen bei der Entstehung des Erbhofs (§ 6 der 3. DurchfVO v. 27. 4. 1934). Als eine nur mit Genehmigung zulässige Belastung gilt grundsätzlich auch die Veräußerung oder Belastung einer Eigentümergrundschuld des Bauern (§ 15 der 2. DurchfVO). Der Erbhof, eine Eigentümergrundschuld an ihm (§ 18 der 2. DurchfVO) und die auf ihm gewonnenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse sind grundsätzlich dem Vollstreckungszugriff von Gläubigern einer Geldforderung entzogen (§ 38 des Gesetzes). Ausnahmen läßt das Gesetz im § 39 (für öffentlich-rechtliche Geldforderungen; dazu § 65 der 1. DurchfVO) und im § 59 (Übergangsvorschrift) zu. Das Verhältnis des Gesetzes zu den bestehenden landesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des Anerbenrechts regelt § 60 (dazu §§ 26, 27, 28 der 2. DurchfVO). — Zu den gesetzlichen Veräußerungsverboten gehört ferner z. B. die Beschlagnahme des Vermögens Beschuldigter nach § 93 StGB und §§ 290ff., 433 StPO (**RG** Gruch 33, 1092). Vgl. auch die im Abs 3 und in § 903 A 3 genannten das Eigentum beschränkenden Gesetze. Hat eine Klage gegen den Berechtigten oder den als solchen Eingetragenen ein eingetragenes Recht zum Gegenstande oder zur Voraussetzung, so ist mit der Rechtshängigkeit nach §§ 265 Abs 1, 325 ZPO ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 878 insofern verbunden, als das ergehende Urteil, wenn es einen Anspruch aus einer Reallast oder einem hypothekarischen Recht betrifft, unbedingt (§ 325 Abs 3 ZPO), andernfalls bei Kenntnis der Rechtshängigkeit (§ 325 Abs 1, 2 ZPO, § 892 BGB) auch gegen den Erwerber des belasteten Grundstücks wirkt (**RG** 49, 366; 79, 165). — Veräußerungsverbote der Gerichte oder anderer Behörden (§ 136), die für § 878 Bedeutung haben können, sind z. B.: die gerichtlich angeordnete Beschlagnahme nach § 140 Abs 3 StGB, §§ 283, 284 StPO; die Rechtspfändung nebst dem Verfügungsverbot nach §§ 829, 857 ZPO (RJA 3, 154; 6, 239); die einstweilige Verfügung nach § 938 ZPO (**RG** 67, 42; 106, 139; JW 03 Beil 75; KGJ 30 A 240; OLG 4, 179); die Beschlagnahme eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nach §§ 23, 146 ZVG (**RG** 84, 279; JFG 1, 312; OLG 17, 352); das vom Konkursgericht erlassene allgemeine Veräußerungsverbot nach § 106 KO. — Ob und inwieweit bei Rentengütern (Art 62 EG) nach der preußischen Rentengutsgesetzgebung eine Veräußerungsbeschränkung insofern besteht, als die Genehmigung der Generalkommission erforderlich ist: KGJ 47, 155.

Die Verfügungsbeschränkungen können entweder **im öffentlichen Interesse** bestehen und wirken dann allgemein und unbedingt (absolut); oder sie können, wie in den meisten Fällen (so insbesondere die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136), nur den **Schutz bestimmter Personen**

bezwecken und wirken dann (relativ) nur zugunsten dieser Personen, und zwar bei Grundstücksrechten auch noch mit der Einschränkung, daß sie dem rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Dritten nicht entgegenstehen, wenn sie weder aus dem Grundbuch ersichtlich noch dem Dritten bekannt sind (§§ 135 Abs 2, 892 Abs 1 Satz 2). In den Fällen der absoluten Verfügungsbeschränkungen ist, soweit nicht § 878 Anwendung findet (A 2), die entgegenstehende Verfügung nichtig (§ 134). Solche Verfügungsbeschränkungen sind z. B. verbunden mit: der Beschlagnahme des Vermögens Angeschuldigter nach §§ 290 ff. StPO (M 3, 216; RJA 5, 260); dem Erwerb eines Grundstücks aus Mitteln, die der Devisenbewirtschaftung unterliegen (§ 4 Abs 1, 3 der 4. DurchfVO v. 9. 5. 1933 — RGBl I 278 —; wegen der allgemeinen Vermögensbeschlagnahme nach § 36 Abs 7 der Devisenverordnung v. 23. 5. 1932 vgl. aber HRR 1933 Nr 1028); forst- und baupolizeilichen Eigentumsbeschränkungen (OLG 6, 490); dem Recht der Gemeinde auf Entziehung des Grundeigentums gemäß dem Fluchtlinienplan (KGJ 25 A 147); dem auf Grund des § 6 des Kapitalabfindungsgesetzes v. 3. 7. 16 eingetragenen Verbot der Weiterveräußerung und Belastung des Grundstücks (RG 105, 73; KGJ 52, 125); den Veräußerungsverboten nach § 4 des preuß. Gesetzes, betreffend die Beförderung von Rentengütern, v. 7. 7. 91 und § 7 des preuß. Gesetzes, betreffend das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedlungsgütern, v. 8. 6. 96 (KGJ 52, 127). Absolute Wirkung haben zum Teil auch die Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsentziehungen auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts (§§ 1395 ff., 1404; § 892 A 11).

Was die **auf Rechtsgeschäft beruhenden Verfügungsbeschränkungen** anlangt, so bestimmt § 137 Satz 1 zwar grundsätzlich, daß die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (Gegensatz Satz 2: die Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Nichtverfügung ist zulässig). Dies gilt aber nur, soweit nicht das Gesetz im einzelnen etwas anderes bestimmt. Vom Gesetz zugelassene rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen sind z. B. die der §§ 719 (Gesellschaftsanteil), 1442 (Anteil am Gesamtgute der ehelichen Gütergemeinschaft), 2113 ff. (Nacherbe; § 894 A 1 d), 2211 (Testamentsvollstrecker; KGJ 52 S. 116, 129). Auch die Beschränkungen durch Bedingungen oder Zeitbestimmungen (§§ 161, 163) gehören hierher (str.; vgl. § 892 A 11 Abs 2). Ist z. B. ein Recht an einem Grundstück nur bedingt eingeräumt und tritt die diese Verfügung aufhebende oder beschränkende Bedingung erst nach Stellung des Eintragungsantrags ein, so hat ihr Eintritt keine Wirkung. — Keine (rechtsgeschäftlichen) Verfügungsbeschränkungen sind die dinglichen Rechte an fremder Sache, obgleich sich auch aus ihnen Einschränkungen der Befugnis, über die belasteten Sachen zu verfügen, ergeben können. Bei der Verfügungsbeschränkung ist der Betroffene behindert, sein Recht, das ihm an sich unbegrenzt zusteht, im Wege der Verfügung auszuüben, während beim Bestehen eines dinglichen Rechts an fremder Sache das Recht des Belasteten zwar vermindert ist, die freie Verfügung über das so verminderte Recht ihm aber verbleibt (RG 90, 237).

Für die Anwendung des § 878 ist neben den Veräußerungsverboten des § 136 besonders wichtig die **Konkurseröffnung**. Die im § 878 genannten Erklärungen (formellrechtlich Eintragungsbewilligung, Löschungsbewilligung) sind Rechtshandlungen im Sinne der §§ 7, 15 KO; sie sind auch für sich allein Verfügungen, obgleich zur Vollendung der Rechtsänderung noch die nicht rechtsgeschäftliche Eintragung hinzukommen muß (§ 873 A 8; § 875 A 5). Nach § 6 KO verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen; die Verfügungsbefugnis wird durch den Konkursverwalter ausgeübt. Danach ist während des Konkursverfahrens nur der Konkursverwalter verfügungsberechtigt. Daraus folgt zunächst, daß das Grundbuchamt auf eine von dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung abgegebene Erklärung über sein Grundstück oder über ein für ihn eingetragenes Recht an einem Grundstück eine Eintragung nicht vornehmen darf, wenn der Konkursvermerk eingetragen oder die Konkurseröffnung dem Grundbuchamt bekannt ist. Zwar ist die dennoch erfolgte Eintragung und die ihr zugrundeliegende verfügende Rechtshandlung des Gemeinschuldners nach § 7 nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Diese beschränkte Wirkung ändert aber nichts an der Tatsache, daß der Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis verloren hat. Diese Tatsache darf das Grundbuchamt nicht unberücksichtigt lassen. Ihm gegenüber ist nur der Konkursverwalter verfügungsberechtigt. Ob und welche Wirkung eine unberechtigte Verfügung des Gemeinschuldners materiellrechtlich hat, kommt für das Grundbuchverfahren nicht in Betracht. Insofern tritt mithin eine Sperre des Grundbuchs ein. Die Rechtslage nach § 6 KO ist also eine andere (A 2) als sonst bei Verfügungsbeschränkungen, die nur zugunsten bestimmter Personen wirken (str.; RG 71, 38; RJA 3, 46 gegen 2, 139; KGJ 30 A 268; OLG 19, 204; vgl. jetzt aber KGJ 40 A 279; 52, 130). Dasselbe gilt auch dann, wenn die verfügende Erklärung des Gemeinschuldners zwar vor der Konkurseröffnung abgegeben, die Konkurseröffnung aber eingetreten ist, bevor der Eintragungsantrag gestellt worden ist. Die Verfügungsbefugnis des Passivbeteiligten muß grundsätzlich nicht nur zur Zeit der Abgabe der Erklärung, sondern auch zur Zeit der Eintragung vorliegen (oben Abs 1). Denn wenn auch die Erklärung schon eine Verfügung ist, wird doch die Rechtsänderung erst durch die Eintragung vollzogen. Dies wird auch durch § 878 bestätigt, da hiernach nur die erst nach Stellung des Eintragungsantrags ein-

tretende Verfügungsbeschränkung keine Wirkung hat (RJA 3, 47; 9, 276). Das Grundbuchamt darf daher auch in diesem Falle einem Eintragungsantrag nicht stattgeben, weil der passiv beteiligte Gemeinschuldner nicht mehr verfügungsberechtigt ist. Es kann die Vornahme der Eintragung nicht auf die Erwägung stützen, daß der durch sie eintretende Erwerb des Aktivbeteiligten nach § 15 Satz 1 KO nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam wäre (str.; RJA 3, 47). Nur dann hat nach § 878, dessen Vorschrift im § 15 Satz 2 KO als unberührt bleibend erklärt ist, die Konkurseröffnung keinen Einfluß, wenn sie erst nach der Stellung des Eintragungsantrags eingetreten ist; in diesem Falle ist also trotz des Konkurses dem Eintragungsantrag stattzugeben (**RG** 51, 286; OLG 19, 204). Hat sich kraft einer vom Gemeinschuldner in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärung die Rechtsänderung bereits vor der Konkurseröffnung außerhalb des Grundbuchs vollzogen, handelt es sich also bei dem nach der Konkurseröffnung gestellten Antrag auf Eintragung nur um die Berichtigung des Grundbuchs (z. B. wenn eine vom Gemeinschuldner vor dem Konkurse schriftlich erklärte, durch Übergabe des Briefs vollzogene Abtretung einer Briefhypothek nach der Konkurseröffnung in das Grundbuch eingetragen werden soll), so steht die Konkurseröffnung der Eintragung nicht entgegen, da die Rechtsänderung zugunsten des Aktivbeteiligten schon vor der Konkurseröffnung eingetreten war (KGJ 40 A 278). In allen diesen Beziehungen gilt nach § 1984 Entsprechendes für die Anordnung der **Nachlaßverwaltung** (KGJ 52, 129). — Durch die Anordnung der Geschäftsaufsicht nach der früheren VO betr. die Anordnung einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens v. 8. 8. 14/8. 6. 24 wurde der Schuldner, auch soweit ihm zur Pflicht gemacht war, nur mit Zustimmung der Aufsichtspersonen zu verfügen, doch nach außen in der Verfügungsmacht nicht beschränkt; die Verletzung der Pflicht machte die Verfügung nicht ungültig (KGJ 47, 141). Vgl. dagegen über Nichtigkeit von Zwangssicherungshypotheken (§ 867 ZPO), die dem (§ 14 Abs 1 KO entsprechenden) früheren § 5 Abs 2 zuwider eingetragen waren: KGJ 50, 223. Jetzt gelten die §§ 50ff. der (die GeschäftsaufsichtsVO ersetzenden) VerglO vom 5. 7. 27 (zweckmäßige Verfügungsbeschränkungen können den Schuldnern im Vergleichsverfahren vom Gericht auferlegt werden).

Vormerkungen und Widersprüche sind keine Verfügungsbeschränkungen, da sie sich nicht gegen die Befugnis zur Verfügung richten, sondern nur die vorläufige Sicherung eines persönlichen Anspruchs oder eines dinglichen Rechtes zum Gegenstand haben (§ 883 A 8, 11). Wenn daher entgegen einer Auflassungsvormerkung für A das Eigentum nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrags auf B umgeschrieben wird, so ist diese Umschreibung gegenüber A nach § 883 Abs 2 auch dann unwirksam, wenn die Vormerkung erst in der Zeit zwischen der Stellung des Eintragungsantrags und der Eigentumsumschreibung auf B für A eingetragen worden ist (**RG** 113, 408). Konkurriert eine Auflassungsvormerkung mit einer Verfügungsbeschränkung (z. B. einem Veräußerungsverbot), so ist die Frage, welche von diesen Beschränkungen stärker ist, aus dem Zeitpunkt ihrer Entstehung (nur ungenau als Rangverhältnis bezeichnet: § 879 A 3) zu entscheiden. Geht die Auflassungsvormerkung zeitlich voran, so ist die Verfügungsbeschränkung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber wirkungslos. Geht das Veräußerungsverbot zeitlich voran, so kann der durch das Verbot Geschützte vom Vormerkungsberechtigten, der das Eigentum erworben hat, nach § 888 Abs 2 die Zustimmung zu dessen Löschung verlangen (JFG 4, 337). Nicht anders verhält es sich auch, wenn nicht eine durch einstweilige Verfügung angeordnete, sondern eine bewilligte Vormerkung vorliegt und das Veräußerungsverbot zwar außerhalb des Grundbuchs schon vorher rechtswirksam geworden, aber erst nach der Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung dem Grundbuchamt zugegangen ist. Die Anwendung des § 878 ist hier allerdings nicht statthaft, weil die einseitige (§ 885 A 2) Bewilligung der Vormerkung keine bindende Einigung im Sinne des § 878 enthält; es bedarf aber auch des § 878 nicht, da aus dem späteren Eingang des Verbots seine Wirkungslosigkeit gegenüber der Vormerkung sich ergibt (a. M. JFG 4, 336 und JW 1932, 2441 [3] insofern, als § 878 für entsprechend anwendbar erklärt wird).

4. Darüber, wann und unter welchen Voraussetzungen die Einigungserklärung des § 873, die Aufgabeerklärung des § 875, die Änderungserklärung des § 877 (formellrechtlich Eintragungsbewilligung, Löschungsbewilligung) **für den Berechtigten** (Passivbeteiligten) **bindend** wird, vgl. § 873 A 13, § 875 A 9 und für die Auflassung § 925 A 5, 13. Eine durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 Abs 1 ZPO ersetzte Erklärung steht auch hier (vgl. § 873 Abs 7e) der rechtsgeschäftlichen Erklärung gleich (OLG 19, 204).

5. Der **Antrag auf Eintragung**, der nach § 30 GBO keiner Form bedarf und sonst nach § 13 GBO nur eine formellrechtliche Voraussetzung für die Eintragung ist, hat hier für den Einfluß einer nachträglichen Verfügungsbeschränkung zugleich materiellrechtliche Bedeutung. In dieser Beziehung erfordert das Gesetz nur, daß der „Antrag" bei dem Grundbuchamt „gestellt", daß er also dort eingegangen ist (**RG** 53, 88). Auf seine Begründung kommt es materiellrechtlich nicht an. Hat das Grundbuchamt die Eintragung vorgenommen, so hat die nach dem Eingang des Antrags eingetretene Verfügungsbeschränkung auch dann keine Wirkung, wenn das Grundbuchamt den Antrag bei sachgemäßer Behandlung wegen Fehlens von (formellrechtlichen) Voraussetzungen hätte zurückweisen sollen. Dabei ist vorausgesetzt, daß das andere Erfordernis

des § 878, die Unwiderruflichkeit der (sei es auch nicht zu den Grundakten eingegangenen) Erklärung schon zur Zeit der Antragstellung gegeben war oder doch noch bis zum Eintritt der Verfügungsbeschränkung (A 2) nachgeholt wird. Anders verhält es sich freilich, wenn der Antrag vorher zurückgenommen (§ 32 GBO; KGJ 28 A 91) oder abgelehnt und die etwa erhobene Beschwerde zurückgewiesen ist. Dann liegt ein Antrag nicht mehr vor. Setzt das Grundbuchamt gemäß § 18 Abs 1 Satz 1 GBO zur Hebung eines dem Antrag entgegenstehenden Hindernisses eine Frist, so besteht der Antrag auch im Sinne des § 878 fort, bis er etwa nach § 18 Abs 1 Satz 2 GBO zurückgewiesen wird (OLG 17, 353). Dasselbe gilt, wenn das Grundbuchamt beim Eingang eines andern dasselbe Recht betreffenden Eintragungsantrags eine Vormerkung oder einen Widerspruch nach § 18 Abs 2 GBO einträgt. Denn auch hier ist allein entscheidend, ob der Antrag noch fortbesteht oder bereits hinfällig geworden ist. Die Vorschrift des § 24 KO über die Wirkung von Vormerkungen kommt hier auch in den Fällen der Konkurseröffnung mit Rücksicht auf § 15 KO nicht in Betracht; überdies bezieht sich die Vorschrift, wie ihr Wortlaut ergibt, nur auf Vormerkungen zur Sicherung eines Anspruchs im Sinne des § 883 (str.; RJA 10, 233). — Die Aushändigung der Eintragungsbewilligung an den Aktivbeteiligten steht für sich allein einem Eintragungsantrag nicht gleich (RJA 3, 47).

§ 879

Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten [1]), mit denen ein Grundstück [2]) belastet [3]) ist, bestimmt sich [4]), wenn die Rechte in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge [5]) der Eintragungen [4]). Sind die Rechte in verschiedenen Abteilungen eingetragen, so hat das unter Angabe [6]) eines früheren Tages [4]) eingetragene Recht den Vorrang; Rechte, die unter Angabe desselben Tages [4]) eingetragen sind, haben gleichen Rang.

Die Eintragung ist für das Rangverhältnis auch dann maßgebend, wenn die nach § 873 zum Erwerbe des Rechtes erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist [7]).

Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses [8]) bedarf der Eintragung in das Grundbuch.

E I 840 II 800; M 3 225ff.; P 3 88ff.; 6 221.

1. Die Bedeutung des **Rangverhältnisses unter mehreren Rechten** äußert sich besonders in der Zwangsversteigerung bei der Feststellung des geringsten Gebots (§§ 44ff. ZVG) und bei der Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse (§§ 10—14, 109, 112ff. ZVG), in der Zwangsverwaltung bei der Verteilung der Verwaltungsüberschüsse (§§ 155ff. ZVG). Der Inhaber eines vorgehenden Rechtes kann verlangen, daß er aus dem Versteigerungserlöse vor dem Inhaber eines nachstehenden Rechtes befriedigt werde. Gegen eine abweichende Verteilung des Erlöses kann er Widerspruch erheben und gemäß § 115 ZVG, §§ 876ff. ZPO klagend vorgehen. Auch hat er im Falle unrichtiger Auszahlung des Erlöses an einen nachstehenden Rechtsinhaber den Bereicherungsanspruch nach § 812 (RG 39, 379; 40, 292; 76, 381; JW 04, 72 [44]). Anderseits belastet jedes Recht das ganze Grundstück, nicht etwa nur eine seinem Range entsprechende Wertsparzelle (Wertsparzellentheorie). Es ergreift mit seinem Befriedigungsanspruche daher auch den ganzen Versteigerungserlös und braucht den voreingetragenen Rechten nur insoweit zu weichen, als sie materiellen Bestand haben (RG 60, 254). Die Annahme eines Rangverhältnisses unter mehreren Rechten erfordert nicht, daß das nachfolgende oder vorgehende Recht durch das andere Recht in seinem Bestande berührt wird (JW 1926, 1016 [3]).

2. Nur auf Belastungen eines **Grundstücks** bezieht sich § 879. Auf Belastungen von Rechten an Grundstücken findet er keine Anwendung. Über das Rangverhältnis mehrerer solcher Belastungen an demselben Rechte (z. B. eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts und eines Pfändungspfandrechts an derselben Hypothek) enthält das BGB keine Bestimmung (KGJ 39 A 250). Da die Belastung unter den Begriff Veräußerung fällt und niemand mehr Rechte auf einen andern übertragen kann, als er ursprünglich hatte oder zur Zeit noch hat, so muß die ältere Belastung der jüngeren vorgehen. Für das Rangverhältnis mehrerer Rechtsbelastungen ist also der Zeitpunkt ihrer Entstehung maßgebend. Auf demselben Grundgedanken beruhen auch die Bestimmungen des § 79 Abs 1: bei eintragungsbedürftigen Belastungen wird die in derselben Abteilung räumlich und die in der andern Abteilung zeitlich früher vermerkte regelmäßig auch die früher eingetragene und entstandene sein. Diese Regel wird zum gesetzlichen Grundsatz aber nur erhoben für Grundstücksbelastungen (Mot 3, 225). Für Rechtsbelastungen paßt sie nach der Art ihrer Eintragung nicht. Deshalb erscheint eine auch nur entsprechende Anwendung des Grundsatzes auf sie ausgeschlossen. Nur für den Nachweis des Zeitpunkts der Einschreibung und damit der Entstehung einer eintragungsbedürftigen Rechtsbelastung kann die (räumliche) Reihenfolge

oder, wenn die Vermerke datiert und die Daten richtig angegeben sind, auch die Datierung von Bedeutung sein (str.; vgl. OLG 6, 202; a. M. KGJ 39 A 252, wonach bei mehreren eingetragenen Rechten an einem Grundstücksrechte für die Feststellung des Ranges nicht der Zeitpunkt der Entstehung, sondern die Art und Weise, wie die Rechte in das Grundbuch eingetragen sind, maßgeben sein soll; JFG 3, 441 für den Fall, daß eine Buchhypothek für mehrere Gläubiger gepfändet und zugleich für einen dieser Gläubiger nach § 845 ZPO vorgepfändet ist; hier wird indessen doch für den Rang der Pfändungen der nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Zeitpunkt der Vorpfändung gegenüber der Reihenfolge der Eintragungen für maßgebend erklärt). — Nach §§ 1066, 1095, 1106, 1114, 1192, 1199 kann der Anteil eines Miteigentümers an einem Grundstück mit einem Nießbrauch, Vorkaufsrecht, einer Reallast, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld belastet werden. Belasten solche Rechte nur die Anteile einzelner Miteigentümer, so besteht zwischen ihnen kein Rangverhältnis. Das ist z. B. nach § 57 GBO für die Erteilung von Hypothekenbriefen über Hypotheken, welche Bruchteile eines Grundstücks belasten, und nach § 864 Abs 2 ZPO für die Zwangsversteigerung von Bedeutung. Denn der Anteil eines Miteigentümers ist für solche Belastungen einem selbständigen Grundstück vom Gesetz gleichgestellt (KGJ 52, 217).

3. Ein Grundstück ist im Sinne des § 879 **mit mehreren Rechten belastet** nur dann, wenn die Rechte eingetragen sind. Denn nur bei eingetragenen Rechten kann von einer Reihenfolge und einer Datierung der Eintragungen die Rede sein. Uneingetragene Rechte, die trotz Nichteintragung als dingliche Grundstücksbelastungen bestehen (vgl. § 873 A 1: Nießbrauch und Sicherungshypothek nach §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 1 BGB, § 848 ZPO, sowie Artt 184, 187 EG), rangieren untereinander nach dem Zeitpunkte ihrer Entstehung (A 2). Aber auch im Verhältnisse zu eingetragenen Rechten ist dieser Zeitpunkt maßgebend, und zwar gilt dies dann auch für die eingetragenen Rechte. Die Reihenfolge und die Datierung der Eintragungen sind hier nur als Beweismittel für den Zeitpunkt der Entstehung von Bedeutung. § 879 regelt lediglich das Rangverhältnis unter mehreren eingetragenen Rechten. Die uneingetragenen Rechte, auch soweit sie eintragungsfähig sind, haben also nicht etwa mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs den Rang erst hinter allen eingetragenen Rechten. In dieser Hinsicht gelten vielmehr, im allgemeinen wenigstens, die nicht eingetragenen, der Eintragung nicht bedürfenden Rechte als eingetragen (str.; vgl. Prot 3, 77; RG 62, 99; JFG 3, 442). Gegenüber den nach §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 1 BGB, § 848 ZPO entstandenen Rechten ist allerdings ausnahmsweise der gutgläubige Erwerb nach § 892 wirksam, weil durch ihre Entstehung das Grundbuch im Sinne des § 894 unrichtig wird. Haben aber die Inhaber der eingetragenen Rechte das Bestehen solcher Rechte gekannt, so müssen sie auch das Rangverhältnis nach Maßgabe des Entstehungszeitpunktes gelten lassen. Wird abgesehen hiervon ein nicht eingetragenes Recht, dessen Eintragung zulässig ist (§ 873 A 5), zur Eintragung gebracht (vgl. Art 187 Abs 1 EG), so ist es mit dem aus seiner Entstehungszeit sich ergebenden Range einzutragen, widrigenfalls ein Berichtigungsanspruch nach § 894 gegeben ist. Besondere Vorrangsrechte sind in §§ 914 Abs 1 Satz 1, 917 Abs 2 Satz 2 den Überbau- und Notwegrenten gewährt. Vgl. auch § 10 Nr 1—3 ZVG, Art 118 EG. — Ein unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermin eingetragenes Recht (§ 873 A 7 „Vertragsnatur") hat den Rang eines endgültigen Rechts. Das folgt aus der Wirkung des Eintritts der Bedingung oder des Termins nach §§ 161, 163 (Prot 3, 91). Vgl. §§ 48, 50f., 119f. ZVG. — Ein eingetragenes Vorkaufsrecht steht, da es nach § 1094 Abs 1 ein das Grundstück belastendes Recht ist, auch in einem Rangverhältnis zu anderen das Grundstück belastenden eingetragenen Rechten (JW 1926, 1016 [3]; über Änderung dieses Rangverhältnisses § 880 A 1). Dagegen fallen Widersprüche nicht unter § 879. Der Widerspruch hat keinen selbständigen Rang, sondern erhält nur einen Rang, der dem gesicherten dinglichen Recht nach den zeitigen Rechtsverhältnissen zukommt. Über die Wirkungen eines nach der Bestellung einer Hypothek eingetragenen, begründeten Widerspruchs gegen das Grundstückseigentum des Hypothekbestellers auf den Rechtserwerb eines Abtretungsempfängers an der Hypothek vgl. § 899 A 1 Abs 1, über die rangsichernde Wirkung eines Widerspruchs zugunsten eines gelöschten, aber aufzuwertenden Rechts RG Warn 1931 Nr. 106. Auf Vormerkungen ist § 879 wegen der Sondervorschrift des § 883 Abs 3 (A 14 dort) wenigstens entsprechend anzuwenden (RG 124, 202; RG Warn 1928 Nr 135; JFG 6, 362). Die abweichende Ansicht der früheren Auflagen wird aufgegeben. Wegen der Änderung des Ranges von Vormerkungen vgl. § 880 A 2 Abs 4. Verfügungsbeschränkungen scheiden für § 879 aus, weil sie nicht das Grundstück „belasten", sondern nur das Eigentumsrecht einschränken (RG 135, 384; KGJ 51, 298; § 880 A 2 Abs 4; a. M. JFG 4; 337). Deshalb besteht auch kein Rangverhältnis zwischen einer auf Bewilligung beruhenden Auflassungsvormerkung und einem eingetragenen Veräußerungsverbot. Der Vormerkungsberechtigte, dessen Vormerkung unter Verletzung der §§ 17, 18 Abs 2 GBO nicht früher, sondern später als das Veräußerungsverbot eingetragen worden ist, hat keinen Berichtigungsanspruch (JW 1932, 2441 [3]; § 878 A 3 a. E.). — Ist die Eintragung eines Rechtes wegen Verletzung wesentlicher materiellrechtlicher Eintragungsvorschriften nichtig (z. B. weil eine Höchstbetragshypothek entgegen § 1190 ohne Angabe eines Höchstbetrags eingetragen oder bei einer Hypothek ein Erfordernis des § 1115 Abs 1 in den Eintragungsvermerk nicht aufgenommen ist), so bleibt sie für die Rangverhältnisse

außer Betracht. Wird der Mangel nachträglich behoben, so gilt dies nach dem Grundsatz des § 141 als eine neue Eintragung des Rechts, die den rechtsgültigen eingetragenen Rechten nachstehen muß. Daher ist bei einer solchen Nachholung die Eintragung so zu bewirken, daß dieses Rangverhältnis aus dem Grundbuch ersichtlich ist (Löschung der alten Eintragung nach § 54 GBO und Neueintragung des Rechts; in Preußen auch Vermerk in Spalte Veränderungen und bei den Zwischenrechten Vermerk des Vorrangs). Anders verhält es sich, wenn wegen Fehlens einer rechtswirksamen Einigung das eingetragene Recht durch die Eintragung zunächst nicht rechtsgültig begründet ist, die rechtswirksame Einigung demnächst aber nachgeholt wird. Vgl. hierüber A 7. Ist ein Recht zu Unrecht gelöscht, so bleibt es materiellrechtlich bestehen, und zwar an sich mit dem bisherigen Range (RG 73, 174). Sind aber in der Zwischenzeit bis zu der vom Berechtigten gemäß § 894 veranlaßten Wiedereintragung neue Rechte eingetragen und haben die Erwerber auf die Richtigkeit des Grundbuchs vertraut, so kann die Wiedereintragung nur mit dem Range nach diesen Rechten erfolgen (§ 875 A 5, 6). — Mehrere Ansprüche aus demselben Recht sind nicht „mehrere Rechte" im Sinne des § 879. Ihre Rangordnung bestimmt sich nach §§ 12, 10 Abs 1 Nr 4 und Abs 2, 13 ZVG, also (entsprechend dem § 367 BGB) namentlich dahin, daß Kosten und Zinsen dem Hauptanspruch vorangehen. Für die einzelnen Teile des Hauptanspruchs, die in der Regel gleichen Rang haben, gelten einige Sonderbestimmungen, insbesondere in den Fällen des teilweisen Übergangs einer Hypothek auf einen andern als den bisherigen Alleingläubiger, z. B. §§ 1143, 774 Abs 1, 1150, 268 Abs 3, 1164, 1176 (OLG 6, 202).

4. Die **Rangordnung bestimmt sich** nach Abs 1, soweit nicht gemäß Abs 3 Abweichendes eingetragen ist oder Sondervorschriften gegeben sind. Solche Sondervorschriften enthalten: § 900 Abs 2 Satz 2 (Rang eines durch Tabularersitzung erworbenen Rechtes), § 1119 Abs 1 (Erhöhung der Zinsen einer Hypothek bis zu 5 Prozent mit dem bisherigen Range der Hypothek), § 1131 Satz 2 (im Falle der Zuschreibung eines Grundstücks gehen die an diesem bestehenden Rechte der Hypothek an dem Hauptgrundstück im Range vor). Vgl. auch Art 118 EG (Vorbehalt für die Landesgesetzgebung bezüglich des Vorrangs von Meliorationsdarlehen, Landeskulturrenten vor andern Belastungen). Eine Übergangsbestimmung für die nach früheren Gesetzen begründeten Rechte gibt Art 184 EG. — Bei Vornahme der Eintragung mehrerer Rechte auf dasselbe Grundstück hat das Grundbuchamt nach §§ 45, 46 GBO zu verfahren. Ist von den Antragstellern über die Folgeordnung besondere Bestimmung getroffen, so sind die Eintragungen so zu gestalten, daß diese Folgeordnung im Grundbuch zum Ausdruck gelangt (§ 46 Abs 3; für Preußen RJA 9, 200). Beim Mangel einer besonderen Bestimmung gilt der Grundsatz, daß die Zeitfolge des Eingangs der Anträge (Eingangsvermerk: § 13 Abs 1 Satz 2 GBO) für das Rangverhältnis maßgebend ist, bei gleichzeitig eingegangenen Anträgen aber die mehreren Eintragungen den gleichen Rang erhalten (KGJ 50, 155). Daher sind die mehreren Eintragungen, wenn sie in derselben Abteilung des Grundbuchblattes zu bewirken sind, in der Reihenfolge vorzunehmen, die der Zeitfolge der Anträge entspricht, während bei gleichzeitig gestellten Anträgen im Grundbuch zu vermerken ist, daß die Eintragungen gleichen Rang haben (§ 46 Abs 1). Dabei ist jedes selbständige Recht unter einer besonderen Nummer einzutragen. Eine gemeinsame Eintragung mehrerer Rechte unter einer Nummer ist unstatthaft (KGJ 20 A 101). Sind die mehreren Eintragungen in verschiedenen Abteilungen zu bewirken und sind die Anträge zu gleicher Zeit eingegangen, so sind sie unter Angabe desselben Tages (§ 45) einzutragen, woraus sich dann nach § 879 Abs 1 Satz 2 Halbs 2 ihr gleicher Rang ergibt. Sind die Anträge zu verschiedenen Zeiten eingegangen, so ist verschieden zu verfahren, je nachdem die Anträge unter Beobachtung der Vorschrift des § 17 GBO (Erledigung zunächst des früher gestellten Antrags) an verschiedenen Tagen oder an demselben Tage zur Erledigung gebracht werden. In dem ersteren Falle müssen die Datierungen (§ 45) der Zeitfolge der Anträge entsprechen; dann wird ohne weiteres durch die Verschiedenheit der Datierung das Rangverhältnis gemäß § 879 Abs 1 Satz 2 Halbs 1 zum Ausdruck gebracht. In dem zweiten Falle, also wenn die Eintragungen unter Angabe desselben Tages bewirkt werden, ist zu vermerken, daß die später beantragte Eintragung der früher beantragten im Range nachsteht (§ 46 Abs 2). Wird wegen eines leicht behebbaren Hindernisses, das einem Eintragungsantrag entgegensteht, eine befristete Zwischenverfügung nach § 18 Abs 1 GBO erlassen, so bleibt dem Antrag der Rang im Sinne der zeitlichen Reihenfolge (§ 46) bis spätestens zum Ablaufe der gesetzten Frist gewahrt gegenüber einem später eingehenden, sofort erledigungsfähigen, dasselbe Recht betreffenden Antrag, der die antragsgemäße Erledigung des ersten Antrags vereitelt oder beeinträchtigt (JFG 1, 302). Wird das Hindernis bis zum Ablauf der Frist behoben und ist auf den späteren Antrag noch nicht verfügt, so sind die Eintragungen nunmehr so zu bewirken, daß die Eintragung auf Grund des ersten Antrags der Eintragung auf Grund des späteren Antrags im Range vorgeht. Ist aber bei sofortiger Erledigung des späteren Antrags nach § 18 Abs 2 GBO eine Vormerkung zugunsten des ersten Antrags von Amts wegen eingetragen worden, so ist nunmehr an die Stelle der Vormerkung die endgültige Eintragung auf Grund des ersten Antrags mit dem Range vor der Eintragung auf Grund des späteren Antrags zu setzen. Anders verhält es sich allerdings, wenn der spätere Antrag unzulässig ist, sobald dem ersten Antrag stattzugeben ist, also z. B. dann, wenn der erste Antrag die Eintragung des Eigen-

tums des Auflassungsempfängers, der spätere Antrag die Eintragung einer Zwangshypothek gegen den auflassenden bisherigen Eigentümer zum Gegenstande hat. Hier ist im ersteren Falle (Hinausschiebung der Eintragungen auf beide Anträge) der spätere Antrag nunmehr zurückzuweisen, im letzteren Falle (Eintragung einer Vormerkung nach § 18 Abs 2 GBO) die auf Grund des späteren Antrags bewirkte Eintragung zu löschen (KGJ 53, 109; JFG 1 S. 309, 321; 2, 445). Diese Vorschriften sind jedoch nur Ordnungsvorschriften. Bewirkt das Grundbuchamt die Eintragungen in anderer Reihenfolge oder mit anderer Datierung, als es nach der Zeitfolge der Anträge hätte geschehen sollen (z. B. infolge irrtümlicher Auffassung über den Zeitpunkt des Antragseingangs), so bestimmt sich trotz des falschen Verfahrens das Rangverhältnis materiell gemäß Abs 1 § 879 nach der Reihenfolge oder der Datierung der Eintragungen im Grundbuch (RG 57, 280; 113, 403; Warn 1928 Nr 33; HRR 1932 Nr 1658; KGJ 34 A 290; OLG 36, 148; 38, 9; 45, 86). Gleiche Wirkung hat auch ein ausdrücklicher Rangvermerk des Grundbuchamts (s. oben), der der Zeitfolge der Anträge nicht entspricht (OLG 36, 148). Ein Berichtigungsanspruch nach § 894 gegen die Rechtsinhaber, deren Rechte bei richtigem Verfahren mit nachstehendem Rang hätten eingetragen werden sollen, ist dem Benachteiligten nicht gegeben, da für ihn allein durch seinen Eintragungsantrag noch kein dingliches Recht außerhalb des Grundbuchs begründet war, wodurch der Inhalt des Grundbuchs unrichtig geworden wäre (RG 57, 282; RG HRR 1932 Nr 1658; KGJ 34 A 291; OLG 6, 263; 36, 148). Auch ein Bereicherungsanspruch (§ 812) besteht nicht. Denn die begünstigten Rechtsinhaber haben ihre Voreintragung nicht ohne rechtlichen Grund erlangt; sie haben auch keinen Vorteil auf Kosten des Benachteiligten erlangt, da für diesen durch den früheren Eingang seines Antrags allein ein Vermögensrecht nicht zur Entstehung gebracht worden ist (RG 57, 283; 73, 175; OLG 6, 263). Höchstens könnte ein Anspruch aus einem persönlichen Schuldverhältnisse zwischen dem Benachteiligten und den begünstigten Rechtsinhabern oder aus einer unerlaubten Handlung in Frage kommen (RG 57, 282; OLG 6, 263). Sind die falschen Eintragungen noch nicht nach außen kundgegeben, so kann das Grundbuchamt sie noch ändern (RG 57, 284; a. M. JW 1932, 1228[3]; § 873 A 10). Ist aber den Beteiligten von den Eintragungen bereits Kenntnis gegeben, so ist auch für die Eintragung eines Widerspruchs nach § 54 GBO kein Raum, da das Grundbuch nicht unrichtig ist (KGJ 34 A 291; OLG 6, 263; 36, 148; 38, 9). Ebensowenig kann durch eine Beschwerde, die überdies nach § 71 Abs 2 GBO unzulässig wäre, eine Änderung der Einschreibungen herbeigeführt werden, weil dadurch in erworbene materielle Rechte eingegriffen werden würde. Der Benachteiligte hat nur einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Staat nach Art 131 RVerf, § 839 BGB, § 12 GBO, wenn ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig von den genannten Ordnungsvorschriften zu seinem Nachteil abgewichen ist (RG 60, 394). Anders verhält es sich, wenn ein nicht eintragungsbedürftiges Recht mit unrichtigem Rang eingetragen worden ist (A 3) und wenn im Falle einer Einigung der Beteiligten über das Rangverhältnis die Eintragungen nicht der Einigung entsprechen (A 8). — Ist ein Recht in eine unrichtige Stelle (unrichtige Abteilung) des Grundbuchs eingetragen, so kann die Eintragung dadurch richtiggestellt werden, daß das Recht mit dem aus seiner bisherigen Eintragung sich ergebenden Rang in die richtige Stelle (richtige Abteilung) eingetragen wird (RG 94, 9; § 873 A 10).

5. Die **Reihenfolge** ist in dem Falle des Satz 1 (Eintragung mehrerer Rechte in derselben Abteilung) auch dann maßgebend, wenn eine Eintragung nicht datiert ist, ja selbst dann, wenn eine räumlich vorangehende Eintragung ein späteres Datum trägt als die räumlich nachfolgende (sog. Lokusprinzip). Nach der landesrechtlichen Einrichtung der Grundbücher kann indessen bei der Aufteilung einer Grundbuchabteilung in Haupt- und Nebenspalten anzunehmen sein, daß die in der Nebenspalte eingetragenen Vermerke mit der Eintragung in der Hauptspalte, auf die sie sich beziehen, als eine einheitliche Eintragung anzusehen sind, also mit ihr die räumliche Stellung in der Grundbuchabteilung teilen (so z. B. in Preußen). Dann haben die Vermerke in der Nebenspalte (z. B. Zinserhöhung auch über 5% hinaus) im Verhältnis zu anderen Rechten denselben Rang wie das in der Hauptspalte eingetragene Hauptrecht, falls nicht nach § 879 Abs 3 ein abweichender Rang vermerkt ist. Bei nachträglichen Eintragungen in der Nebenspalte „Veränderungen" bedarf es also keines besonderen Rangvermerks, wenn diese Eintragungen am Rang des in der Hauptspalte eingetragenen Rechts teilnehmen sollen (RG 132, 106; § 1119 A 4). Ist aber eine Einschreibung in einem zufällig leeren Raum zwischen zwei bereits vorhandenen Eintragungen tatsächlich erst später erfolgt, so behalten diese Eintragungen (soweit nicht demnächst ein Erwerb in gutem Glauben stattfindet) ihren Vorrang. Denn unter der Reihenfolge ist diejenige Aufeinanderfolge zu verstehen, die aus zeitlich nacheinander erfolgenden Einschreibungen sich ergibt (KGJ 41 A 224). Daraus folgt z. B., daß ein Recht, das unzulässigerweise noch an der Stelle einer bereits erloschenen Vormerkung (§ 886 A 3) endgültig eingetragen wird, nicht den Rang hat, der sich nach § 883 Abs 3 aus der Vormerkungseintragung ergeben würde; es steht vielmehr den nach der Vormerkung inzwischen eingetragenen Rechten im Range nach (KGJ 41, 225).

6. Enthält eine Eintragung (versehentlich: § 45 GBO) überhaupt nicht die **Angabe eines Tages,** so ist sie nicht unwirksam (A 3). Es ist dann zu unterscheiden, ob sie in ihrer Abteilung

an letzter Stelle steht oder dort noch weitere Eintragungen folgen. Im ersteren Falle steht sie allen datierten Eintragungen in der andern Abteilung im Range nach, weil sie nicht gemäß Abs 1 Satz 2 § 879 „unter Angabe eines früheren oder eines gleichen Tages eingetragen" steht. Im letzteren Falle hat sie, da sie nach der Reihenfolge (A 5) den in ihrer Abteilung nachstehenden Rechten im Range vorgeht, naturgemäß auch den Vorrang vor Eintragungen in der andern Abteilung, die diesen Rechten nachstehen (str.). Sind mehrere Eintragungen in verschiedenen Abteilungen undatiert, so haben sie, wenn sie beide in ihren Abteilungen an letzter Stelle stehen, untereinander gleichen Rang. Steht nur eine der Eintragungen an letzter Stelle oder folgen beiden undatierten Eintragungen andere Eintragungen nach, so sind die oben dargelegten Grundsätze maßgebend (str.).

7. Kommt eine **Einigung erst nach der Eintragung** zustande, so wird die Eintragung, gleichviel ob ihr eine Einigung im Sinne des § 873 überhaupt nicht zugrunde lag oder die etwa erklärte Einigung nichtig war, an sich erst mit der nachträglichen rechtsgültigen Einigung wirksam; erst mit diesem Zeitpunkt entsteht das eingetragene Recht (§ 873 A 7 c, 10). Nach Abs 2 § 879 hat aber das so entstandene Recht den Rang, der sich aus seiner zunächst unwirksamen Eintragung ergibt, auch wenn vor der wirksam zustande gekommenen Einigung ein anderes Recht eingetragen worden ist (Prot 3, 91). Dies ist allerdings für den Fall der Nichtigkeit der früheren Einigung bestritten. Jedoch ist eine nichtige Einigung einer zur Zeit der Eintragung überhaupt noch nicht erfolgten Einigung gleichzuachten (HRR 1932 Nr 1823).

8. Eine **abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses** ist, wie aus dem Zusammenhalt des Abs 3 mit Abs 1 zu entnehmen ist, eine Bestimmung, aus der folgt, daß das Rangverhältnis nicht so sein soll, wie es sich aus der Reihenfolge oder der Datierung der Eintragungen bei Anwendung der Grundsätze des Abs 1 ergeben würde. Abs 3 will nichts weiter besagen, als daß eine solche Bestimmung eingetragen sein muß, wenn nicht das Rangverhältnis nach Maßgabe des Abs 1 gelten soll. Das Rangverhältnis soll also lediglich aus den Einschreibungen entnommen werden, und zwar entweder nach Abs 1 aus der Reihenfolge oder der Datierung oder nach Abs 3 aus der eingetragenen abweichenden Bestimmung. Durch welche Rechtshandlungen diese Bestimmung zu erfolgen hat, darüber verhält sich Abs 3 nicht. Nur so viel ist aus den Worten „abweichende Bestimmung" und „bedarf" zu folgern, daß eine materiell rechtswirksame Bestimmung vorliegen muß. Dies wird dadurch bestätigt, daß in der 2. Kommission die Vorschrift des Abs 2 § 840 E I, wonach ein anderes eingetragenes Rangverhältnis maßgebend sein sollte, durch den jetzigen Abs 3 § 879 deswegen ersetzt worden ist, weil jene Vorschrift dahin hätte aufgefaßt werden können, jede Rangeintragung, auch eine solche, die unrichtig oder versehentlich eingeschrieben sei, habe rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung (Prot 6, 221). Was zu einer rechtsgültigen Rangbestimmung erforderlich ist, bestimmt sich nach Lage des einzelnen Falles. Der Regelfall wird sein, daß die mehreren Rechte sämtlich erst eingetragen werden sollen. Dann kommt für alle diese Rechte § 873 zur Anwendung, da der Rang eines einzutragenden Rechts einen Teil seines Inhalts bildet. Danach erfordert die Rangbestimmung in diesem Falle nach § 873 Abs 1 eine rechtsgültige Einigung zwischen dem Eigentümer und den Erwerbern der Rechte über die Rangverhältnisse. Formellrechtlich ist jedoch nach § 46 Abs 3 GBO zur Vornahme der Eintragung genügend, daß das Rangverhältnis von den Antragstellern (§§ 13ff.; wegen des mitwirkenden Notars vgl. KGJ 26 A 83) oder, falls nur einer von den Beteiligten den Antrag stellt (z. B. wenn der Eigentümer mehrere Rechte zugleich eintragen läßt), von diesem bestimmt wird. Anderseits bedarf die Bestimmung, da sie eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung enthält, formellrechtlich der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form (KGJ 26 A 84), während materiellrechtlich auch die formlose Einigung wirksam ist. Steht die vom Grundbuchamt vorgenommene Eintragung des Rangverhältnisses mit der Einigung im Widerspruch, so ist die Eintragung ebenso unwirksam, wie wenn ihr eine Einigung überhaupt nicht zugrunde läge. Die Folge davon ist, daß das gesetzliche Rangverhältnis eintritt, daß also nach Abs 1 § 879 die Reihenfolge (Satz 1) oder die Datierung (Satz 2) maßgebend ist. Insoweit kann dann freilich ein Berichtigungsanspruch nach § 894 in Frage kommen. Ferner kann auf Grund des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts (KGJ 26 A 290; OLG 6, 269) ein persönlicher Anspruch auf Herbeiführung einer der Einigung entsprechenden Änderung der Rangeintragung gegeben sein (str.). — Hat die Einigung zum Inhalt, daß die Eintragung „zur bereitesten Stelle" erfolgen soll, so hat dies die Bedeutung, daß das einzutragende Recht die ihm bei Berücksichtigung der bisher eingetragenen Belastungen nach dem Gesetz zukommende Rangstelle erhalten soll (KGJ 26 A 290; 52, 202). — Eine einseitige Bestimmung des Rangverhältnisses ist in den Fällen der Eintragungsbewilligungen nach §§ 885 (Vormerkung), 899 Abs 2 (Widerspruch), 1188 (Inhaberhypothek), 1195 (Inhabergrundschuld), 1196 (Eigentümergrundschuld) möglich. — Über den Fall, daß ein neu einzutragendes Recht den Vorrang vor einem bereits eingetragenen Rechte erhalten soll, vgl. § 880 A 1. — Abs 3 findet auch dann Anwendung, wenn auf Grund eines Rangvorbehalts (§ 881) ein Recht mit dem Range vor einem bereits eingetragenen Rechte eingetragen werden soll. Vgl. hierüber § 881 A 5.

§ 880

Das Rangverhältnis kann nachträglich [1]) geändert werden [2]).

Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten [3]) und die Eintragung der Änderung in das Grundbuch erforderlich [4]); die Vorschriften des § 873 Abs 2 und des § 878 finden Anwendung [3]). Soll eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigentümers erforderlich [5]). Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder einem der Beteiligten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich [6]).

Ist das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des § 876 entsprechende Anwendung [7]).

Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird [8]).

Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt [9]).

E I 841 II 801; M 3 228ff.; P 3 91ff.

1. **Nachträglich** im Sinne des § 880 ist eine Rangänderung, durch die ein bestehendes Rangverhältnis geändert wird. Gemeint ist ein Rangverhältnis, über das § 879 Bestimmung trifft. Denn § 880 schließt sich mit den Eingangsworten „Das Rangverhältnis" unmittelbar an § 879 an. § 880 betrifft also nur die Änderung des Rangverhältnisses zwischen eingetragenen Rechten. Vgl. über diese im Rangverhältnis zueinander stehenden Rechte § 879 A 2. Da auch ein eingetragenes Vorkaufsrecht im Rangverhältnis zu anderen das Grundstück belastenden Rechten steht, kann dieses Verhältnis nachträglich geändert, also z. B. einer Hypothek der Vorrang vor dem Vorkaufsrecht eingeräumt werden (JFG 1, 422). Sollen mehrere Rechte erst eingetragen und dabei das Rangverhältnis festgesetzt werden oder soll ein einzutragendes Recht den Vorrang vor einem eingetragenen Recht erhalten, so handelt es sich um eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses bei der Bestellung im Sinne des § 879 Abs 3 (s. dort A 8), nicht um eine „nachträgliche" Änderung des Rangverhältnisses (RJA 9, 53; KGJ 40 A 243; a. M. **RG** 69, 329; KGJ 21 A 308, wo in dem zweiten Falle § 880 ebenfalls für anwendbar erachtet wird; in **RG** 128, 279 ist dahingestellt gelassen, ob die eine oder die andere Ansicht zutrifft). In dem zweiten Falle soll allerdings das eingetragene Recht insofern eine (nachträgliche) Änderung erfahren, als es sich im Range nicht mehr an die bisher vorgehenden Rechte unmittelbar anschließen, sondern auch noch einem neu einzutragenden Recht nachgehen soll (**RG** 69, 328). Aber auch insoweit steht keine nachträgliche Änderung des „Rangverhältnisses" zwischen „mehreren" Rechten in Frage, sondern nur eine Änderung des „Inhalts" des „einen" eingetragenen Rechts. Denn das Rangverhältnis, in welchem ein Recht zu andern Rechten steht, ist ein Teil des Inhalts des Rechts. Daraus folgt, daß in einem solchen Falle zur Eintragung des neuen Rechts mit dem Range vor dem bereits eingetragenen Recht eine zweifache Einigung erforderlich ist: einmal eine Einigung zwischen dem Eigentümer und dem neuen Erwerber über das Rangverhältnis des neu einzutragenden Rechts und sodann eine Einigung zwischen dem Eigentümer oder auch dem neuen Erwerber (Prot 3, 93) und dem Inhaber des bereits eingetragenen Rechts über das Vortreten des neuen Rechts. Die erste Einigung ist eine Rangbestimmung im Sinne des § 879 Abs 3; die zweite enthält eine Inhaltsänderung nach § 877 (**RG** Warn 1911 Nr 83). In letzterer Beziehung gilt dasselbe, wenn dem Eigentümer nachträglich die Befugnis vorbehalten werden soll, künftig ein Recht mit dem Range vor einem bereits eingetragenen Rechte eintragen zu lassen (§ 881 A 1).

2. Gemeint ist im § 880 nur eine **Änderung des Rangverhältnisses** durch Rechtsgeschäft, wie sich aus dem Erfordernisse der Einigung im Abs 2 ergibt. Daher gehören nicht hierher Rangänderungen, die nachträglich auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes eintreten. Vgl. über die Rangänderung der einzelnen Teile einer Hypothek im Falle des Übergangs eines Teiles auf einen andern als den bisherigen Gläubiger die §§ 1143, 774 Abs 1, 1150, 268 Abs 3, 1164, 1176 und über das Rangverhältnis der für die Forderungen gegen den Ersteher des zwangsversteigerten Grundstücks einzutragenden Sicherungshypotheken die §§ 128, 129, 131 ZVG. Eine Rangänderung im Sinne des § 880 ist es aber auch, wenn einer nachstehenden Post der gleiche Rang mit einer vorstehenden Post eingeräumt wird; denn diese tritt dadurch teilweise zurück, jene teilweise vor (KGJ 40 A 243).

Das **Wesen der Rangänderung** im Sinne des § 880 ist dahin zu bestimmen, daß durch ein sachenrechtliches Rechtsgeschäft der Inhalt der in Betracht kommenden Rechte hinsichtlich des Rangverhältnisses mit dinglicher Wirkung geändert und zugleich eine Wechselbeziehung zwischen diesen Inhaltsänderungen festgesetzt wird. Gegenstand der Inhaltsänderung (A 1) ist, daß sowohl

in der Pflicht, die Verdrängung durch vorgehende Rechte zu dulden, als auch in der Befugnis, nachstehende Rechte verdrängen zu dürfen, das zurücktretende Recht den Rang des vortretenden Rechts und dieses den Rang des zurücktretenden erhalten soll, und zwar so, als ob von vornherein das eine Recht den Rang des andern gehabt hätte (RJA 1, 129; 9, 54; 9, 268; KGJ 39 A 254; 40 A 245). Die Wechselbeziehung besteht darin, daß nach Maßgabe der beiderseitigen Inhaltsänderungen das vortretende Recht gegenüber dem zurücktretenden berechtigt, dieses zugunsten jenes belastet ist: der Inhaber des zurücktretenden Rechts muß dulden, daß die aus dem Recht fließende Befugnis, im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks den Versteigerungserlös unmittelbar nach den ihm vorgehenden Rechten in Anspruch zu nehmen, von dem Inhaber des vortretenden Rechts im eigenen Interesse ausgeübt wird und daß ihn, den Zurücktretenden, die dem vortretenden Recht vorgehenden Rechte (die Zwischenrechte) verdrängen. Aus diesem Wesen der Rangänderung folgt, daß sie hinfällig ist, wenn das vortretende Recht tatsächlich nicht besteht. Denn durch die Rangänderung wird nicht eine persönliche Befugnis für den Inhaber des begünstigten Rechts begründet, sondern die Befugnis ist mit dem Recht als Teil seines Inhalts verbunden; wenn das Recht nicht besteht, kann ihm auch nicht die Befugnis erteilt werden. Wenn allerdings ein Dritter nach der ins Grundbuch eingetragenen Rangänderung das vortretende, in Wirklichkeit nicht bestehende Recht in gutem Glauben erwirbt, so wird nach § 892 mit dem Rechte auch die Rangänderung für den Erwerber wirksam. Wird das zunächst wirksam bestehende vortretende Recht später aufgehoben, sei es kraft Gesetzes, sei es durch Rechtsgeschäft, so wird die Rangänderung hinfällig; denn die Belastung des zurücktretenden Rechts hört wegen Fehlens eines Berechtigten auf, wie dies auch sonst bei Belastungen der Fall ist (JFG 8, 298). Besteht das zurücktretende Recht trotz der Eintragung zur Zeit der Rangänderung nicht, so ist diese ohne Wirkung. Denn wenn das belastete Recht nicht besteht, kann aus der Belastung, die eine Veräußerung des Rechts im weiteren Sinne ist (§ 879 A 2), auch eine Befugnis nicht erwachsen. Dies gilt sowohl dann, wenn die Eintragung selbst wegen Nichtbeachtung zwingender Einschreibungsvorschriften nichtig ist (§ 879 A 3) und deshalb nicht zur Entstehung des Rechts geführt hat, als auch dann, wenn der Eintragung keine Einigung zugrunde liegt oder die Einigung nichtig oder mit Erfolg angefochten ist (§ 873 A 7, 10). Die Berufung auf einen Rechtserwerb in gutem Glauben (§ 892) kommt hier für den durch die Rangänderung Begünstigten nicht in Frage, da nach der Vorschrift des Abs 5, die insoweit eine Einschränkung des § 892 enthält, die Zwischenrechte durch die Rangänderung unberührt bleiben und das vortretende Recht auch ohne Rangänderung an die Stelle des nicht bestehenden Rechtes rückt, wenn keine Zwischenrechte vorhanden sind (str.). Wird das zunächst wirksam bestehende zurücktretende Recht später durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so geht nach der Vorschrift des Abs 4 dem vortretenden Recht der ihm eingeräumte Rang nicht verloren. Daraus folgt aber, daß die Rangänderung ihre Wirkung verliert, wenn das zurücktretende Recht auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes, aufgehoben wird (RJA 11, 153). Deshalb kann man indessen noch nicht davon sprechen, daß die Rangänderung eine auflösend bedingte Rangabtretung sei. Ein Rang kann nicht losgelöst von dem Rechte abgetreten werden (M 3, 231; anders für gemeines Recht **RG** 12, 210). Bei der Rangänderung wird auch nichts abgetreten, sondern der Inhalt der beiden Rechte wird geändert und das eine Recht zugunsten des andern belastet. Die Rangänderung wird durch die (nicht rechtsgeschäftliche) Aufhebung des zurücktretenden Rechts nicht deshalb hinfällig, weil sie (rechtsgeschäftlich) bedingt wäre, sondern deshalb, weil das belastete Recht von vornherein mit der aus dem Aufhebungsgrunde sich ergebenden Einschränkung (Rechtsbedingung) behaftet war (str.).

Aus dem dargestellten Wesen ergibt sich die **Wirkung der** durch Einigung und Eintragung nach Abs 2 vollzogenen **Rangänderung** von selbst dahin, daß sie nicht bloß zwischen den an ihr Beteiligten, sondern dinglich gegenüber allen Dritten wirksam ist; ausgenommen sind nach Abs 5 die Zwischenberechtigten (M 3, 232; Prot 3, 92; RJA 1, 129; 8, 72; KGJ 53, 179). Gegenständlich erstreckt sie sich auch auf alle Nebenrechte des zurücktretenden Rechts, und zwar selbst dann, wenn die Nebenrechte erweitert werden; denn die Rangänderung enthält eine Belastung des Rechts, und die erweiterten Nebenrechte werden Bestandteile des Rechts (KGJ 26 A 140). Eine neue Rangänderung liegt in der Erweiterung nicht, selbst wenn dadurch eine Rangverschlechterung der nachstehenden Rechte eintritt. Deshalb bedarf es im Falle der Erweiterung der zurücktretenden Hypothek, z. B. hinsichtlich der Zinsen gemäß § 1119, nicht nach Abs 2 Satz 2 der Zustimmung des Eigentümers (KGJ 26 A 140). Ist der Vorrang nur an einem von mehreren haftenden Grundstücken oder nur an einem reellen Teil eines Grundstücks (vgl. § 6 GBO) eingeräumt, so kann der Inhaber des vortretenden Rechts in der Zwangsversteigerung bevorrechtigte Befriedigung nur aus dem Erlöse des einen Grundstücks oder Grundstücksteils verlangen (OLG 14, 85). — An dem Inhalt der beiden Rechte wird, abgesehen von dem Rangverhältnisse, nichts geändert. Der Inhaber des zurücktretenden Rechtes ist daher insbesondere nach wie vor berechtigt, über sein Recht zu verfügen. Er kann es übertragen, eine Forderung daraus (z. B. aus einer Hypothek) einziehen, auch darauf verzichten, Löschungsbewilligung erteilen usw., ohne daß er einer Zustimmung des Inhabers des vortretenden

Rechts bedarf. Doch kann dies, wie auch sonst bei Belastungen, nur unbeschadet der aus der Rangänderung sich ergebenden Befugnisse geschehen. Insbesondere wird durch eine Verfügung, die eine rechtsgeschäftliche Aufhebung enthält, nach Abs 4 der dem vortretenden Recht eingeräumte Rang nicht berührt. — Besonders äußert sich die Wirkung der Rangänderung im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks. Ist der Inhaber des zurücktretenden Rechts der betreibende Gläubiger, so ist das vortretende Recht in das geringste Gebot aufzunehmen, da es dem betreibenden Gläubiger vorgeht (§ 44 ZVG). Ist der Inhaber des vortretenden Rechts betreibender Gläubiger, so bleibt das zurücktretende Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots unberücksichtigt. Dies gilt auch dann, wenn Zwischenrechte vorhanden sind. Denn ihnen gegenüber (Abs 5) sind die beiden Rechte als im Range gegeneinander ausgetauscht anzusehen. Die Zwischenrechte werden also im ersten Falle in das geringste Gebot mitaufgenommen, im zweiten Falle nicht. Ist der Inhaber eines Zwischenrechts betreibender Gläubiger, so ist nur das vortretende Recht im geringsten Gebot zu berücksichtigen. Erhält der Inhaber des vortretenden Rechts in der ihm eingeräumten besseren Rangstelle eine Zahlung aus dem Barerlös, so wird nicht etwa das zurücktretende, sondern das vortretende Recht befriedigt. Denn der Erlösempfänger übt den Anspruch auf den Erlös, der ohne die Rangänderung nicht ihm, sondern dem zurücktretenden Recht zugestanden hätte, nunmehr nach der Rangänderung doch für sein eigenes vortretendes Recht aus; er ist also Zahlungsempfänger aus eigenem Recht. Daher tritt z. B., wenn das zurücktretende Recht eine Gesamthypothek ist, durch die Zahlung nicht nach § 1181 ein Erlöschen der Hypothek auf dem mithaftenden Grundstücke ein (**RG** 16, 249).

Gegenstand der Rangänderung können alle Rechte sein, die ein Grundstück zulässigerweise belasten (§ 873 A 6), also nicht nur hypothekarische Rechte, sondern z. B. auch ein Nießbrauch, eine Reallast, ein Vorkaufsrecht (A 1). Für hypothekarische Rechte besteht nur die Sondervorschrift des Abs 2 Satz 2, 3. Auch Teile eines Rechts können unter ihrer bestimmten Bezeichnung sowohl im Verhältnis zueinander (§ 1151) als auch im Verhältnis zu andern Rechten im Range geändert werden (KGJ 26 A 145; RJA 8, 70). Vgl. aber § 1159 A 2 über die Unzulässigkeit einer dinglichen Rangänderung bei der Hypothek für Zinsrückstände. Auch eine Vormerkung kann Gegenstand der Rangänderung sein. Sie ist zwar kein dingliches Recht am Grundstück, sondern sichert nur einen Anspruch (§ 883 A 8). Nach § 883 Abs 3 bestimmt sich aber der Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, nach ihrer Eintragung. Sie wirkt also insoweit gleich einer endgültigen Belastung (vgl. § 48 ZVG). Daher wird § 880 auf sie entsprechend angewendet (RJA 2, 145; KGJ 39 A 197; 39 A 200; JFG 6, 362; HRR 1933 Nr 193; vgl. auch **RG** 55, 270). Ist eine Löschungsvormerkung (§ 1179) zugunsten einer Hypothek eingetragen, so nimmt sie, wenn der Rang der Hypothek geändert wird, als Nebenrecht ohne weiteres an der Rangänderung teil (RJA 11, 146). Dagegen kann eine eingetragene, gegen den Grundstückseigentümer gerichtete Verfügungsbeschränkung nicht Gegenstand der Rangänderung sein, da zwischen einem Rechte an dem Grundstück und einer solchen Verfügungsbeschränkung, die sich nicht als eine Belastung des Grundstücks darstellt, überhaupt kein Rangverhältnis besteht (§ 879 A 3).

Wird durch die Rangänderung das Rangverhältnis derart bestimmt, daß ein Recht hinter mehrere Rechte zurücktreten soll, so gilt folgendes: Räumt der zurücktretende Berechtigte C zunächst dem nachgehenden Berechtigten A und dann erst dem nachgehenden Berechtigten B den Vorrang ein und werden die beiden Rangänderungen auch in dieser zeitlichen Reihenfolge nacheinander eingetragen, so erhält C den Rang hinter A und B und A den Rang vor B, auch wenn früher vor den beiden Vorrangseinräumungen B den Rang vor A hatte. Werden aber die beiden Vorrangseinräumungen gleichzeitig vorgenommen und eingetragen, so behalten A und B untereinander (vor C) den Rang, den sie früher hatten. Werden die beiden Vorrangseinräumungen zwar gleichzeitig vereinbart, bewilligt und beantragt, aber zeitlich nacheinander eingetragen, so erlangt der durch die erste Eintragung begünstigte A den Vorrang vor dem erst durch die zweite Eintragung begünstigten B auch dann, wenn früher B dem A vorging und in den an das Grundbuchamt gerichteten Bewilligungen und Anträgen nichts über den künftigen Rang zwischen A und B gesagt war (KGJ 47, 189; OLG 29, 323; JFG 8, 306). Doch ist dies alles streitig. Die früheren Auflagen vertraten einen anderen Rechtsstandpunkt. — Wird einem Recht der Vorrang vor mehreren Rechten eingeräumt, so tritt es ohne Einschränkung vor diese, während sich an der Rangordnung der zurücktretenden Rechte untereinander nichts ändert (**RG** 64, 105; 79, 174; OLG 12, 278; 29, 322; RJA 11, 297; vgl. A 9). Die zurücktretenden Rechte haben mangels besonderer Vereinbarung auch dann nicht gleichen Rang, wenn die Vorrangseinräumungen gleichzeitig bewilligt und eingetragen worden sind (RJA 11, 297; OLG 29, 322; auch KGJ 53, 179). In KGJ 53, 178 ist dahingestellt gelassen, ob diese Ansicht in ihrer Allgemeinheit zutreffend sei, soweit nach ihr das Rangverhältnis der zurücktretenden Rechte untereinander stets dasselbe bleibt, gleichviel, ob die Vorrangseinräumungen gleichzeitig erfolgen oder nicht, und ohne Rücksicht darauf, in welcher Reihenfolge im letzteren Falle die einzelnen Vorrangseinräumungen vor sich gehen. Auch dort ist aber angenommen, daß das Rangverhältnis zwischen zwei im Range nicht gleichen zurücktretenden Berechtigten sich auch dann nicht ändert, wenn sie einem nachstehenden Recht zwar nicht gleichzeitig den Vorrang einräumen, wenn aber

die Vorrangseinräumung des an zweiter Stelle stehenden Berechtigten der Vorrangseinräumung des an erster Stelle stehenden vorangeht. Dies wird damit begründet, der zuletzt Zurücktretende wolle durch die Vorrangseinräumung nur dem vorrückenden Rechte einen Vorteil verschaffen und sich von diesem Rechte nur bis zu derjenigen Rangstelle zurückdrängen lassen, die es infolge der früheren Vorrangseinräumung des zweitstelligen Berechtigten innehabe. Zu demselben Ergebnis gelangt man durch die Erwägung, daß der Erststellige vor wie nach der ersten Vorrangseinräumung den Vorrang vor dem Zweitstelligen hatte und daß sich hieran nichts dadurch geändert haben kann, daß der Vorgerückte demnächst auch mit dem Erststelligen ein weiteres Vorrücken vor diesen vereinbarte.

Eine **Aufhebung der Rangänderung** stellt sich als neue Rangänderung dar. Deshalb genügt dazu nicht die einseitige Aufgabeerklärung des Berechtigten; vielmehr müssen die Erfordernisse des Abs 2 Satz 1 (Einigung und Eintragung) vorliegen (vgl. auch § 27 Abs 2 Satz 1 u. § 47 GBO). Der die Aufhebung von Grundstücksbelastungen betreffende § 875 ist nicht anwendbar. Nach Abs 2 Satz 2 bedarf es bei hypothekarischen Rechten auch der Zustimmung des Eigentümers (str.).

Nach der Übergangsbestimmung des Art 189 Abs 1 Satz 2 EG erfolgt die Rangänderung bis zur Anlegung des Grundbuchs nach den bisherigen Gesetzen.

3. Von der **Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten,** die zusammen mit der Eintragung die Rangänderung herbeiführt, gilt dasselbe wie von der Einigung des **§ 873.** Der „Berechtigte" (Passivbeteiligte) ist hier der Inhaber des zurücktretenden Rechts. Er muß geschäftsfähig und verfügungsbefugt sein, braucht aber zur materiellen Wirksamkeit der Einigung nicht als Inhaber des Rechts eingetragen zu sein, wenn er nur, was in Ausnahmefällen möglich ist, ohne Eintragung wirklich Inhaber ist. Nach formellem Recht (§ 40 Abs 1 GBO) muß er allerdings sich zuvor eintragen lassen, sofern nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 40 Abs 2, 41 GBO vorliegt. Der „andere Teil" (Aktivbeteiligte) ist der Inhaber des vortretenden Rechts. Der Passivbeteiligte muß zur Zeit der Einigung über den Rücktritt die Befugnis zur Verfügung über das zurücktretende Recht haben. Deshalb ist z. B. der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht befugt, einem Recht den Vorrang vor einer Hypothek einzuräumen für den Fall, daß diese oder der jeweils abgetragene Teil ihm künftig als Eigentümergrundschuld zufallen sollte. Denn zur Zeit dieser Erklärung ist nicht er, sondern ein anderer der allein verfügungsberechtigte Gläubiger der Hypothek (RG 84, 80; RJA 4, 244; 8, 73). — **Die Einigung hat Vertragsnatur,** so daß sämtliche Vorschriften des allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte, auch die §§ 145 ff., Anwendung finden, soweit nicht Ausnahmen aus dem im Abs 2 Satz 1 für anwendbar erklärten § 873 Abs 2 sich ergeben. Insbesondere kann die Einigung auch eine bedingte oder befristete (§§ 158, 163) sein, z. B. dadurch bedingt, daß die Forderung der vortretenden Hypothek voll zur Entstehung gelange. Die Bedingung oder Zeitbestimmung kann an sich auch stillschweigend vereinbart sein, muß aber für den Erwerb des Vorrechts eingetragen werden, wenn sie dritten rechtsgeschäftlichen Erwerbern des vortretenden Rechtes gegenüber wirksam sein soll (RG 59, 315; 61, 42; 76, 373; 122, 64; JW 06, 353 [14]; Gruch 52, 1060; vgl. auch Warn 09 Nr 408; 1911 Nr 83). Ist die vortretende Hypothek eine Baugelderhypothek und hat der Vortretende keinen Anspruch auf bedingungslose Vorrangseinräumung, so ist im allgemeinen, wenn nicht besondere Umstände für eine andere Willensmeinung sprechen, als stillschweigend vereinbart anzusehen, daß der vortretenden Hypothek das Vorrecht nur insoweit zustehen soll, als ihre Forderung durch Zahlungen an den Eigentümer gemäß dem Baugeldervertrage je nach Fortschreiten des Baues zur Entstehung gebracht ist (RG 76, 375; 122, 64). Jedoch ist der stillschweigenden Vereinbarung nicht der Inhalt beizulegen, daß die Baugeldhypothek in Höhe der vom Baugeldgeber an den Grundstückseigentümer gezahlten Teilbeträge immer nur dann den Vorrang vor der zurücktretenden Hypothek haben soll, wenn feststeht, daß der Bau bis zu dem Abschnitt, dessen Herstellung nach dem Baugeldervertrag die Teilbeträge fällig machen sollte, restlos und mängelfrei hergestellt ist. Hat der Baugeldgeber ohne Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Teilbeträge auf die Hypothek in dem Glauben gewährt, daß die Bauabschnitte fertiggestellt seien, deren Herstellung nach dem Baugeldervertrage die Fälligkeit der Teilbeträge herbeiführen sollte, so ist, falls nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, anzunehmen, daß der Hypothek des Baugeldgebers in Höhe der gezahlten Teilbeträge der Vorrang vor der zurücktretenden Hypothek auch dann zusteht, wenn tatsächlich an den Bauabschnitten noch Bauarbeiten fehlen oder die Bauausführung Mängel aufweist (RG 83, 125, auch 86, 223). Hat der Verkäufer eines unbebauten Grundstücks sich in dem Kaufvertrag dem Käufer gegenüber verpflichtet, mit seiner Kaufgeldhypothek hinter eine vom Käufer zu einem bestimmten Betrag aufzunehmende Baugeldhypothek zurückzutreten, so ist dies dahin aufzufassen, daß der Verkäufer zur Vorrangseinräumung dann verpflichtet sein soll, wenn die demnächst vom Käufer bestellte Hypothek eine solche ist, deren Forderung in der vorbezeichneten Weise durch Zahlung von Teilbeträgen nach Maßgabe eines zwischen dem Käufer und dem Baugeldgeber geschlossenen Baugeldvertrags zur Entstehung gebracht werden soll (RG 86, 223; vgl. auch 92, 215). Daher kann der Käufer von dem Verkäufer die Erfüllung der Verpflichtung zur Vorrangseinräumung nur dann verlangen, wenn dem Verkäufer dargetan ist, daß der Hypothekbestellung ein Baugeldvertrag zugrundeliegt, wonach das Baugeld in bestimmten

Teilbeträgen je nach Fertigstellung der einzelnen Bauabschnitte zur Auszahlung gelangen soll, und zwar, wenn die Vertragschließenden nicht besondere Bedingungen vereinbart haben, ein Baugeldvertrag, dessen Bedingungen im großen und ganzen nicht wesentlich von den im Baugeldverkehr bei Berücksichtigung der Art des zu errichtenden Neubaus üblichen abweichen (RG 86, 223). Über den Fall der Verbindung einer bedingten Vorrangseinräumung mit einer Löschungsvormerkung zugunsten einer zurücktretenden Hypothek gegenüber einer vortretenden Hypothek (Baugeldhypothek) § 1179 A 7. — Die Einigung hat abstrakte Natur, so daß sie losgelöst ist von dem (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäft und namentlich hinsichtlich der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ein selbständiges Dasein führt (RG 48, 133). Das Grundrechtsgeschäft bedarf nur ausnahmsweise einer Form (z. B. wenn die Vorrangseinräumung schenkungsweise versprochen ist: § 518; RG 48, 135). Die Einigung bedarf zur materiellen Wirksamkeit keiner Form. Nach formellem Recht ist zur Vornahme der Eintragung die Beobachtung der im § 29 Satz 1 GBO vorgesehenen Form notwendig. Zur Begründung des nach § 13 GBO erforderlichen, formlosen (§ 30 GBO) Eintragungsantrags eines der Beteiligten (KGJ 28 A 268) genügt nach § 19 GBO die einseitige Bewilligung der Eintragung durch den Inhaber des zurücktretenden Rechts als den in seinem Recht durch die Eintragung Betroffenen; die Einigung braucht dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen zu werden (KGJ 21 A 309; 28 A 267; OLG 16, 151). — Die Einigung kann materiellrechtlich auch erst nach der Eintragung erfolgen; sie ist auch dann formlos wirksam (RJA 1, 128; KGJ 21 A 309). Mit ihrem nachträglichen Zustandekommen wird die bisher unwirksame Eintragung rechtsgültig und die Rangänderung vollzogen. Der Vorrang des vortretenden Rechts gilt aber nach § 879 Abs 2 schon von der Eintragung ab. Bindend (unwiderruflich) ist die Einigung, wenn sie, sei es auch formlos, nach der Eintragung erklärt ist. Vor der Eintragung ist sie nur dann bindend, wenn die Einigungserklärungen in einer der im § 873 Abs 2 vorgeschriebenen Formen abgegeben sind (RG Warn 1911 Nr 83). Ist dies der Fall und ist bereits der Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamt gestellt, so wird nach dem im Abs 2 Satz 1 für anwendbar erklärten § 878 die Einigungserklärung des Zurücktretenden nicht dadurch unwirksam, daß er in der Verfügung (z. B. durch Konkurseröffnung) beschränkt wird. Die Einigungserklärung kann nach § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden. Das Urteil steht in jeder Hinsicht, also auch in der Anwendbarkeit des § 878, der freiwilligen bindenden Erklärung gleich. Vgl. das Nähere zu allen diesen Fragen in § 873 A 7—10, 13—17 und § 878 A 1—3. — Da die Einigung ein Vertrag ist, erfordert sie begrifflich den Abschluß zwischen zwei verschiedenen Personen (RG 47, 209; § 873 A 7, 9). Deshalb kann der Inhaber zweier Rechte an demselben Grundstück nicht mit sich selbst eine Einigung über eine Änderung des Ranges der beiden Rechte erklären. Ebensowenig kann der Inhaber eines Rechts (z. B. einer Hypothek) durch sich selbst einem Teil des Rechts vor dem andern den Vorrang geben. Auch im Falle der Übertragung des einen von zwei Rechten oder eines Rechtsteils kann der bisherige Alleininhaber die Rangänderung nur so bewirken, daß er als Inhaber des ihm verbleibenden Rechts oder Rechtsteils sich mit dem Erwerber über die Rangänderung einigt (str.; vgl. A 5; RJA 8, 74; a. M. RJA 2, 50; KGJ 26 A 148; 40 A 241; 43, 236; jetzt auch RG 142, 237). Jedoch kann der Inhaber zweier Rechte mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Einigung dahin eingehen, daß das eine Recht den Rang des andern erhalten soll. Es handelt sich dann aber nicht um eine Rangänderung durch Einigung zwischen dem Zurücktretenden und dem Vortretenden, sondern um eine Änderung des Inhalts der beiden Rechte im Sinne des § 877 (RJA 9, 54; 9, 268). Von diesem Gesichtspunkt aus sind die Entscheidungen in RJA 2, 50; KGJ 26 A 148; 40 A 241; 43, 236 im Ergebnis zu billigen, da in jenen Fällen der Eigentümer seine Zustimmung zu der Rangänderungserklärung des Gläubigers gegeben hatte und hierin eine Einigung nach §§ 877, 873 zu finden war. — Auf Grund des Grundrechtsgeschäfts kann nach § 883 auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Rangänderung eingetragen werden (RJA 9, 53).

4. Wegen der formellrechtlichen Voraussetzungen für die Vornahme der **Eintragung der Änderung in das Grundbuch** vgl. A 3. Sind die beteiligten Rechte verbriefte hypothekarische Rechte, so tritt als weitere Voraussetzung nach §§ 42, 43 GBO die Vorlegung der Briefe hinzu (RJA 4, 245; 8, 54; OLG 8, 319). Die Anwendung des Eintragungsgrundsatzes auf die Rangänderung setzt voraus, daß das Recht, dessen Rang geändert werden soll, durch das Grundbuch nachgewiesen wird (RG 88, 163). Über die Frage, ob danach bei einer Hypothek für Zinsrückstände eine Rangänderung mit dinglicher Wirkung nach § 880 möglich ist: § 1159 A 2. Wird für ein in bestimmter Höhe einzutragendes hypothekarisches Recht der Vorrang eingeräumt, dann aber das hypothekarische Recht zu einem geringeren Betrage eingetragen, so wirkt die Vorrangseinräumung auch für diesen Betrag, da die Bewilligung des Vorrangs für den ganzen Betrag auch jeden Teil umfaßt (RG Warn 1911 Nr 83). Dies gilt selbst dann, wenn die Zinsen für den Teilbetrag erhöht werden, sofern nur bei Hinzurechnung der erhöhten Zinsen der ganze Betrag nicht überstiegen wird (RG Warn 1911 Nr 83). Auch kann der Berechtigte das hypothekarische Recht in Teilbeträgen nacheinander mit Vorrang eintragen lassen (RG Warn 1911 Nr 83). — Der Eintragungsvermerk über die Rangänderung muß, da die Rangänderung außer der Belastung des zurücktretenden Rechtes auch eine Änderung des Inhalts der beiden

Rechte enthält (A 2; RJA 9, 268), nicht nur bei dem zurücktretenden, sondern auch bei dem vortretenden Recht eingeschrieben werden, wenn die Rangänderung rechtsgültig vollzogen sein soll (KGJ 44, 256; 45, 293). Dies gilt um so mehr, als sonst in Fällen, in denen die auch den Rangvermerk umfassende Löschung des zurücktretenden Rechts nicht die Aufhebung der Rangänderung zur Folge hat (A 8), die Rangänderung aus dem Grundbuch nicht mehr ersichtlich wäre (str.; vgl. Prot 3, 99). Der Vermerk wird so zu gestalten sein, daß die Rangänderung und ihr Umfang, auch eine etwaige Bedingtheit des Vorrangs des vortretenden Rechts (A 3), aus dem Grundbuch bei beiden Rechten deutlich erkennbar ist. Da die Rangänderung eine Inhaltsänderung enthält, ist bei der Eintragung eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach § 874, 877 nicht ausgeschlossen (str.). Ist das vortretende Recht eine Briefhypothek, so ist die Rangänderung gemäß § 62 Abs 1 GBO auf dem Hypothekenbrief zu vermerken, und zwar: auf dem Brief über die zurücktretende Hypothek der Rangrücktritt und auf dem Brief über die vortretende Hypothek der Rangvortritt; außerdem ist im Rangvortrittvermerk der bei der zurücktretenden Hypothek eingetragene Rücktrittvermerk wiederzugeben (KGJ 45, 291). Über die Ergänzung des mit dem Brief verbundenen Grundbuchauszugs (§ 57 Abs 3 GBO) durch Angabe des Rangverhältnisses zu den übrigen Hypotheken im Falle des Vorhandenseins von Zwischenhypotheken: RJA 11, 152. Sollte eine Hypothek auf Grund des § 36 des Reichsnotopfergesetzes v. 31. 12. 19 eingetragen werden, so war die Vorlegung der Hypothekenbriefe über bereits eingetragene Hypotheken zum Vermerk der Rangänderung darauf (§§ 42, 62 GBO) nicht nötig, da die Reichsnotopferhypothek kraft Gesetzes den Vorrang vor den bereits bestehenden Grundstücksbelastungen hat und daher die genannten formellrechtlichen Vorschriften ebensowenig Anwendung finden wie die materiellrechtlichen Bestimmungen des § 880 Abs 2 (KGJ 53, 208).

5. Außer der Einigung (A 3) und der Eintragung der Rechtsänderung (A 4) bedarf es ausnahmsweise auch noch der **Zustimmung des Eigentümers,** wenn das zurücktretende Recht **ein hypothekarisches Recht** (§§ 1113, 1191, 1199) ist, und zwar deswegen, weil das hypothekarische Recht nach Maßgabe der §§ 1143, 1163f., 1168, 1170ff., 1192, 1200 auf den Eigentümer übergehen kann und daher die Rangänderung auch in seinen Rechtskreis eingreift (Prot 3, 94; **RG** 88, 164; OLG 18, 108). Auf die rechtliche Natur des vortretenden Rechtes kommt es nicht an. Auch wenn dieses ein hypothekarisches Recht ist, bedarf es der Zustimmung des Eigentümers nicht, falls das zurücktretende Recht kein hypothekarisches ist (OLG 8, 106). Eine Ausnahme von der Ausnahmebestimmung enthält § 1151 (vgl. §§ 1192, 1200), wonach die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich ist, wenn bei der Teilung eines hypothekarischen Rechts das Rangverhältnis der Teile untereinander geändert wird. Die Änderung des Rangverhältnisses der Teile kann aber erst bei der Abtretung eines Teils durch Einigung des bisherigen Gläubigers mit dem Abtretungsempfänger erfolgen; der alte Gläubiger kann für sich allein den Rang der Teile nicht ändern (str.; A 3). — Soll eine Hypothekvormerkung zurücktreten (A 2), so bedarf es der Zustimmung nicht, weil die Vormerkung kein hypothekarisches Recht ist und die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf sie keine Anwendung finden (str.). — Der Zustimmung des persönlichen Schuldners, der nicht zugleich der Eigentümer ist, bedarf es nicht, obwohl die Hypothek nach §§ 1164, 1174 unter Umständen auch auf ihn übergeht; sein Interesse wird durch § 1165 gewahrt. Zu nicht rechtsgeschäftlichen Rangänderungen, auf die sich § 880 überhaupt nicht bezieht (A 2), bedarf es einer Zustimmung nicht, also z. B. nicht zur Eintragung eines Vorrangs auf Grund der §§ 128, 130f. ZVG (A 2) oder zur Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des Rangverhältnisses nach § 894 (OLG 6, 258; 8, 307; KGJ 49, 202). Indessen liegt kein Fall der Grundbuchberichtigung hinsichtlich des Ranges vor, wenn eine Hypothek von einem nachstehenden Hypothekengläubiger auf Grund des Anfechtungsgesetzes mit Erfolg angefochten ist (KGJ 49, 202; auch **RG** 71, 179; a. M. OLG 8, 307; 21, 409). Denn die Anfechtung hat keine dingliche Wirkung, sondern gewährt nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das vom Schuldner veräußerte Vermögensstück (**RG** 47, 216; 56, 165; 70, 113; 71, 176). — Bei der Zustimmung des Eigentümers (Bewilligung der Eintragung genügt: KGJ 26 A 140) gilt für ihre rechtliche Natur, die Erfordernisse ihrer Gültigkeit und ihre Wirkung dasselbe wie bei der Zustimmung des Dritten im § 876. Vgl. hierüber § 876 A 3. Hervorzuheben ist hier: Die Zustimmung bedarf zur materiellen Gültigkeit keiner Form. Formellrechtlich ist aber nach §§ 19, 29 GBO zur Eintragung der Rangänderung die Beibringung der Zustimmung in der Form des § 29 GBO erforderlich (OLG 18, 108). Auf die Wirksamkeit und Unwiderruflichkeit der Einigung zwischen dem Zurücktretenden und dem Vortretenden hat es keinen Einfluß, ob der Eigentümer zustimmt oder nicht. Eine rechtswirksame Rangänderung kommt aber beim Fehlen der Zustimmung nicht zustande, auch wenn die Rangänderung (versehentlich) eingetragen ist (KGJ 37 A 214). — Über die Frage, ob bei einer Hypothek für Zinsrückstände eine Rangänderung nach § 880 mit dinglicher Wirkung ohne Eintragung und ohne Zustimmung des Eigentümers möglich ist: § 1159 A 2.

6. Vgl. über Erklärung **„gegenüber dem Grundbuchamte"** § 875 A 7, 10 und über **„Unwiderruflichkeit"** der Zustimmungserklärung § 876 A 8.

7. Ist das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf es zur Rangänderung nach dem entsprechend anzuwendenden **§ 876** der Zustimmung des Drittberechtigten, z. B. des Nießbrauchers, des Pfandgläubigers (KGJ 37 A 213; OLG 20, 400). Beim Fehlen der Zustimmung kommt eine Rangänderung, auch wenn sie (versehentlich) eingetragen ist, nicht rechtswirksam zustande, da die Zustimmung zwingend vorgeschrieben ist (KGJ 37 A 217). Unzulässig ist auch eine Rangänderung mit der Einschränkung, daß die das zurücktretende Recht belastenden Rechte Dritter unberührt bleiben, also ihren Vorrang behalten sollen (KGJ 37 A 213). Im Falle der mittelbaren Belastung ist nach § 876 Satz 2 die Zustimmung des Drittberechtigten nicht erforderlich, wenn sein Recht durch die Rangänderung nicht berührt wird (§ 876 A 5). Die Zustimmung ist gegenüber dem Grundbuchamt (§ 875 A 7, 10) oder dem durch die Rangänderung Begünstigten zu erklären. Letzterer ist in der Regel der Inhaber des vortretenden Rechts. Unter Umständen kann aber auch der Eigentümer durch die Rangänderung begünstigt sein.

8. Eine **rechtsgeschäftliche Aufhebung des zurücktretenden Rechtes, wodurch dem vortretenden Rechte der eingeräumte Rang nicht verloren geht,** ist z. B. der Verzicht des Inhabers auf das Recht, die Empfangnahme der Befriedigung, die Löschungsbewilligung. Auch wenn der Eigentümer das Recht auf Grund einer Löschungsbewilligung des Berechtigten löschen läßt, bleibt dem vortretenden Recht der Rang erhalten (s. A 4 wegen des doppelten Rangvermerks); Zwischenrechte rücken nicht vor. Dabei ist zu bemerken, daß eine Hypothek durch Befriedigung, Verzicht usw. überhaupt noch nicht aufgehoben wird, sondern nach §§ 1163, 1177 sich nur zu einer Eigentümergrundschuld umwandelt (§ 875 A 3, 4); für diese gilt die Rangänderung weiter. — Wird das zurücktretende Recht auf anderem Wege, insbesondere kraft Gesetzes, aufgehoben, so wird auch die Rangänderung hinfällig (A 2); das vortretende Recht tritt wieder in seine frühere Stelle zurück, während die Zwischenrechte vorrücken. Der Grund hierfür ist, daß die beschränkte Wirksamkeit und die Möglichkeit des Wegfalls dem zurücktretenden Recht und damit auch dem gewährten Vorrecht von vornherein anhaftete. Derartige Aufhebungsgründe sind z. B. der Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermins bei bedingten oder befristeten Rechten (§§ 158, 163), der Tod des Berechtigten bei Nießbrauch, beschränkter persönlicher Dienstbarkeit, Altenteil (§§ 1061, 1090 BGB; Art 96 EG). Eine Gesamthypothek erlischt als zurücktretendes Recht auf dem einen Grundstück, wenn und soweit sie aus dem anderen mithaftenden Grundstück (§ 1182 Abs 2) oder durch dessen Eigentümer befriedigt wird, ohne daß diesem ein Ersatzanspruch zusteht (§ 1173 Abs 1, 2). Damit wird die Rangänderung (ganz oder zum Teil) hinfällig. Ist die Beschränktheit des zurücktretenden Rechts aus dem Grundbuch nicht ersichtlich (z. B. wenn bei einem bedingten Recht die Bedingung nicht eingetragen ist) und hat der Vortretende sie auch nicht gekannt, so wirkt nach § 892 der Eintritt des Aufhebungsgrundes gegen den Vortretenden nicht.

9. Die **Zwischenrechte** rücken, da sie **durch die Rangänderung nicht berührt** werden sollen, im Falle der Nichtigkeit des zurücktretenden Rechtes ebenso vor, wie wenn die Rangänderung überhaupt nicht stattgefunden hätte. Sie bleiben andererseits auf ihrer Stelle, wenn das vortretende Recht nichtig ist oder aufgehoben wird und infolgedessen das zurücktretende Recht in seine frühere Rangstelle zurücktritt (A 2). Im Falle der Nichtigkeit des zurücktretenden Rechts kann sich der Vortretende auch nicht auf Rechtserwerb in gutem Glauben gemäß § 892 berufen, da Abs 5 eine Einschränkung der Wirkung eines solchen Rechtserwerbs enthält (A 2). Die Inhaber der Zwischenrechte können im Falle der Nichtigkeit (nicht auch der Anfechtbarkeit: § 143) des zurücktretenden Rechts Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Rechts gemäß § 894 verlangen. Wird das zurücktretende Recht aufgehoben, so rücken sie nicht vor, wenn die Aufhebung durch Rechtsgeschäft erfolgt, wohl aber, wenn sie auf anderer Grundlage eintritt (A 8). — Die Rangänderung wirkt hinsichtlich der Zwischenrechte nur so weit, als sich der Umfang der beiden Rechte deckt (RJA 11, 153; KGJ 53, 179). Hat das zurücktretende Recht größeren Umfang, so behält es mit dem überschießenden Umfang seinen Rang. Hat das vortretende Recht einen größeren Umfang, so gebührt ihm der Vorrang vor den Zwischenrechten nur in Höhe des zurücktretenden Rechts; mit dem überschießenden Umfang steht es den Zwischenrechten nach; insoweit geht es nur dem zurücktretenden Recht vor (**RG** 79, 173; KGJ 53, 179). Wenn z. B. vor der Hypothek 2 von 20000 RM, die zufolge Vorrangseinräumung den Rang vor der Hypothek 1 von 30000 RM hat, der Vorrang für die Hypothek 3 von 100000 RM eingeräumt wird und dann die Hypothek 3 bis auf 10000 RM in Wegfall kommt, so gehen 10000 RM aus der Hypothek 3 und 10000 RM aus der Hypothek 2 der Hypothek 1 im Range vor (**RG** 79, 173, wo angenommen ist, eine Hypothek, hier Hypothek 3 in Höhe von 90000 RM, komme insoweit in Wegfall, als der Gläubiger im Verteilungstermin den baren Versteigerungserlös nicht in Anspruch nehme; dazu § 1168 A 1). Ist der Hypothek 3 auch vor der Hypothek 1 der Vorrang eingeräumt, so gehen der letzteren Hypothek 10000 RM aus der Hypothek 3 und 20000 RM aus der Hypothek 2 im Range vor, da die Rangänderung zwischen den Hypotheken 2 und 3 der Hypothek 1 nicht zum Vorteil gereicht und eine Hypothek, der vor mehreren vorgehenden Hypotheken der Vorrang eingeräumt wird, vor diesen den Rang an erster Stelle hat, während das Rangverhältnis zwischen den zurücktretenden Hypotheken nicht geändert wird (**RG** 79, 174; vgl. A 2 Abs 5).

In RG Bruch 58, 426 (JW 1913, 1147 [5]) ist ausgeführt: Wenn für A eine Hypothek 1 und eine Hypothek 3 und für B ein im Range zwischen diesen Hypotheken stehendes Recht (z. B. ein Durchgangsrecht) eingetragen ist, so braucht der die Hypothek 1 gemäß §§ 1150, 268 ablösende B eine nach der Eintragung seines Rechtes ohne seine Zustimmung erfolgte Verschlechterung des Ranges der auf ihn übergehenden Hypothek 1 zugunsten der Hypothek 3 (z. B. durch Einräumung des gleichen Ranges) nicht gelten zu lassen. Denn vor der Rangänderung hätte er als Inhaber seines Rechts die Möglichkeit gehabt, die Hypothek 1, wenn A ihretwegen Befriedigung aus dem Grundstück gesucht hätte, durch Befriedigung des A mit dem Vorrang vor der seinem Rechte nachstehenden Hypothek 3 zu erwerben, während er nach der Rangänderung die Hypothek 1 nur mit der Wirkung einlösen könnte, daß die Hypothek mit dem verschlechterten Rang auf ihn überginge. Er würde also durch die Rangänderung tatsächlich schlechter gestellt sein. Dem ist auf Grund der Bestimmung des Abs 5, daß Zwischenrechte durch die Rangänderung nicht berührt werden, von dem Gesichtspunkt aus beizustimmen, daß B durch die Eintragung seines Rechts die Anwartschaft erlangt hat, die Hypothek 1, falls A ihretwegen Befriedigung aus dem belasteten Grundstück verlangen werde, zur Abwendung der Gefahr des Verlustes seines Rechts im Wege der Ablösung im bisherigen Rechtszustande zu erwerben, und daß ihm diese Anwartschaft nicht durch Verschlechterung des Ranges der Hypothek beeinträchtigt werden kann. Darüber, daß A wegen der Hypothek 3 nicht die Ablösung der Hypothek 1 versagen oder diese Ablösung von der Befriedigung wegen der Hypothek 3 abhängig machen kann, vgl. § 1150 A 2.

§ 881

Der Eigentümer kann sich bei der Belastung [1]) des Grundstücks mit einem Rechte [2]) die Befugnis vorbehalten [3]), ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes [4]) Recht [2]) mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen [5]).

Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll [6]).

Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugnis auf den Erwerber über [7]).

Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, dem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte ohne einen entsprechenden Vorbehalt belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht infolge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde [8]).

E I 842 II 802; M 3 233f.; P 3 99ff.

1. Aus den Worten **„bei der Belastung“** ist nicht zu schließen, daß ein Vorbehalt nur gleichzeitig mit einer ursprünglichen Belastung gemacht werden könne. Abs 1 will weiter nichts besagen, als daß ein Vorbehalt überhaupt gemacht werden, daß der Eigentümer den Vorbehalt zum Inhalt der Belastung setzen dürfe. Dies erhellt, wenn man die Worte „kann sich bei der Belastung ... vorbehalten“ dahin auflöst: „wenn der Eigentümer sein Grundstück belastet, kann er die Bedingung setzen, daß künftig einzutragende Rechte den Vorrang haben sollen“. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb die ursprüngliche Belastung und die Bestimmung des Vorbehalts unbedingt zeitlich zusammenfallen müßten. Die gegenteilige Meinung (KGJ 21 A 306; RJA 7, 252; 9, 54) übersieht, daß das Rangverhältnis zu anderen gegenwärtig oder künftig konkurrierenden Rechten einen Teil des Inhalts, eine für die Durchführung und die Wertschätzung wesentliche Eigenschaft des Rechts bildet (§ 880 A 2) und daß daher der Rangvorbehalt den Inhalt des Rechts selbst betrifft. Auf die Festsetzung dieses Inhalts findet, nachdem Abs 1 § 881 den Vorbehalt für zulässig erklärt hat, ebenso wie auf die Begründung des Rechts im ganzen § 873 Anwendung. Dies ist die Rechtslage, wenn der Vorbehalt von vornherein bei Aufnahme der Belastung vereinbart wird. Wie aber der Inhalt eines Rechts nachträglich überhaupt geändert werden kann, so muß er, da ein Vorbehalt zulässig ist, auch dahin geändert werden können, daß dem Recht nachträglich der eine Einschränkung enthaltende Vorbehalt hinzugefügt wird. Auf diese Inhaltsänderung findet dann § 877 Anwendung, der wiederum auf § 873 verweist (RJA 9, 54; KGJ 39 A 195). Man könnte übrigens diese Inhaltsänderung auch als neue veränderte Belastung bezeichnen, so daß der nachträglich festgesetzte Vorbehalt sogar dem Wortsinn nach noch „bei der Belastung“ erfolgen würde (A 3). Hiernach kann der Rangvorbehalt auch noch nach der Eintragung des Vorrangsrechts eingetragen werden, so daß also die vorbehaltene Rangbefugnis durch Eintragung eines schon vor der Begründung des Rangvorbehalts gebuchten Rechts in die vorbehaltene Rangstelle ausgeübt werden kann (JFG 8, 287).

2. **Bei jedem Rechte** (d. i. zu Lasten eines jeden Rechtes), mit dem ein Grundstück zulässigerweise rechtsgeschäftlich belastet werden kann (§ 873 A 5), nicht allein bei Hypotheken, und ander-

seits für jedes Recht (d. i. zugunsten eines jeden Rechtes) dieser Art kann der Vorbehalt gemacht werden, z. B. bei einem hypothekarischen Recht (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) für einen Nießbrauch, bei einer Reallast für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, bei einem Altenteil für eine Hypothek. Auch eine Vormerkung kann aktiv und passiv Gegenstand eines Vorbehalts sein; sie ist zwar kein „Recht" am Grundstück, aber mit Rücksicht auf § 883 Abs 3 für die Festsetzung und Änderung der Rangverhältnisse den endgültigen Rechten gleichzustellen (§ 880 A 2 „Gegenstand"; RJA 2, 145; JW 1926, 2546[1]; 1927, 1010 [43]; OLG 45 S. 306, 307). Jedoch kommt ein Rangvorbehalt bei der Vormerkung nicht in Betracht, wenn ihre Eintragung auf Grund einer einstweiligen Verfügung (§ 885) erfolgt. Denn nur bei einer rechtsgeschäftlichen Belastung kann die Festsetzung eines Vorbehalts in Frage kommen. Daher scheidet auch die Belastung im Wege der Zwangsvollstreckung (z. B. durch Eintragung einer Zwangshypothek: § 867 ZPO) für die Frage des Vorbehalts aus.

3. Der **Rangvorbehalt bedarf** zur materiellen Rechtswirksamkeit **der Einigung** zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber des durch den Vorbehalt einzuschränkenden Rechts (**RG** Warn 1913 Nr 324). Aus den Worten „der Eigentümer kann sich vorbehalten" ist nicht zu folgern, daß eine einseitige Erklärung des Eigentümers genügt, daß also z. B. der Eigentümer nach vorbehaltloser Einigung mit dem Berechtigten über die Belastung bei der Stellung des Antrags auf Eintragung des Rechts einseitig den Vorbehalt rechtsgültig erklären könnte und es dann dem Berechtigten überlassen bleiben müßte, auf Grund des (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäfts die Beseitigung des vertragswidrigen Vorbehalts herbeizuführen (a. M. RJA 9, 54). Abs 1 § 881 bestimmt nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Rangvorbehalt festgesetzt, sondern nur, daß überhaupt die Bedingung des Vorrangs anderer Rechte zum Inhalt des belastenden Rechts gemacht werden könne (A 1). In Übereinstimmung hiermit heißt es in den Motiven (M 3, 234): „Indem der § 842 (881) die Zulassung in seinem ersten Satze (Abs 1) ausspricht, macht er in seinem zweiten Satze (Abs 2) die Wirksamkeit des Geschäfts ... von der Eintragung des Vorbehalts ... abhängig". Die Voraussetzungen ergeben sich, abgesehen von der Eintragung, über die Abs 2 § 881 besondere Bestimmung trifft, im Falle der Festsetzung bei der ursprünglichen Belastung aus § 873 und im Falle der nachträglichen Festsetzung aus § 877 in Verbindung mit § 873. Danach ist in beiden Fällen die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten wie über den Inhalt der Belastung und dessen Veränderung so auch über den Rangvorbehalt erforderlich; in beiden Fällen hat der Rangvorbehalt die Wirkungen des § 881. Von dieser Einigung gilt also auch überall dasselbe wie von der Einigung des § 873 und des § 877 (§ 873 A 7—10, 13—17; § 877 A 4). Hervorzuheben ist folgendes: der Rangvorbehalt kann auch bedingt sein, z. B.: durch die Bestimmung, daß das begünstigte Recht eine Restkaufgeld- oder wenigstens eine Fremdhypothek bleiben muß (**RG** JW 1933, 605[7]); durch Verwendung der vollen Valuta einer künftigen Baugelderhypothek zu einem Neubau auf dem belasteten Grundstück (§ 880 A 3; RJA 7, 62); durch Löschung voreingetragener Rechte (RJA 7, 251; vgl. aber auch KGJ 48, 183, wo eine solche Löschung nicht aufgefaßt ist als Bedingung, von der die Wirkung der auf die Begründung des Rangvorbehalts abzielenden Einigung abhängig gemacht wäre, sondern nur als nähere Bezeichnung der Art des Rechts, für welches der Vorrang vorbehalten sein sollte). Der Vorbehalt kann dann nach dem Eintritt der Bedingung vollzogen werden. Es sind auch mehrere Rangvorbehalte nebeneinander zugunsten desselben Eigentümers und zulasten desselben Vorbehaltsrechts möglich; sie können auch wechselseitig auflösend bedingt sein (JFG 8, 305). Der „Berechtigte" im Sinne des § 873 oder § 877 (der in seinem Recht betroffene Passivbeteiligte im Sinne des § 19 GBO) ist: wenn der Vorbehalt bei der ursprünglichen Belastung festgesetzt wird, der Eigentümer, der dem auf sein Grundstück einzutragenden Recht im Wege der Einigung mit dem Aktivbeteiligten den (hier eingeschränkten) Inhalt gibt; wenn aber der Vorbehalt erst nachträglich festgesetzt wird, der Inhaber des zurücktretenden Rechts, der seine Befugnisse zum Teil beschränkt (RJA 7, 252). Dieser Berechtigte muß geschäftsfähig sein und die Befugnis haben, über das Grundeigentum oder das zurücktretende Recht zu verfügen. Daher ist z. B. der Eigentümer nicht befugt, zu Lasten der aus einer Hypothek künftig etwa für ihn entstehenden Eigentümergrundschuld einen Vorbehalt zugunsten eines anderen Rechts zu machen; denn er ist gegenwärtig noch nicht Gläubiger der Hypothek (§ 880 A 3). Ist der Vorbehalt eingetragen, obwohl die Einigung über die Belastung sich nicht auf ihn erstreckt hat, oder ist die erklärte Einigung nichtig, so ist die Vorbehaltseintragung unwirksam. Dem dadurch Verletzten steht der dingliche Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 zu (str.). Doch kann die Eintragung noch durch nachträgliche rechtsgültige Einigung wirksam werden. Ist umgekehrt der Vorbehalt nicht eingetragen, obwohl er vereinbart war, so hat der andere Vertragsteil nur einen persönlichen Anspruch auf Herbeiführung der Vorbehaltseintragung auf Grund des Grundrechtsgeschäfts, nicht einen dinglichen Berichtigungsanspruch; denn der Vorbehalt ist mangels Eintragung nicht begründet worden, das Grundbuch also nicht unrichtig (RJA 7, 252; JFG 8, 289; 8, 299).

Das **Wesen des Vorbehalts** ist in Anbetracht der Vorschriften in Abs 1, 3, 4 von zwei Gesichtspunkten aus zu bestimmen. Vom Standpunkt des Eigentümers aus wird ihm durch den Vorbehalt

die auf Grund des Eigentums (§ 903) von vornherein gegebene Befugnis, ein Recht an erster Stelle eintragen zu lassen, trotz der bewirkten, an sich die Befugnis ausschließenden Eintragung erhalten oder bei nachträglichem Vorbehalt zurückgegeben. Der Eigentümer behält sich daher durch den Rangvorbehalt eine ihm auf Grund seines Eigentums zustehende Befugnis vor (RJA 11, 67; KGJ 48, 181). Vom Standpunkt des Inhabers des zurücktretenden Rechts aus handelt es sich um eine bedingte Vorrangseinräumung: Falls der jeweilige Eigentümer ein vorbehaltenes Recht eintragen läßt, soll dieses Recht innerhalb des bestimmten Umfangs den Vorrang haben (RJA 11, 67); und zwar unbeschränkt — insbesondere auch für die Inanspruchnahme des Erlöses in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks — dann, wenn das Recht in der Rangstelle sich unmittelbar an das zurückgetretene Recht anschließt oder auf nicht vorbehaltene Zwischenrechte nichts von dem Versteigerungserlöse entfallen kann; andernfalls unter Abzug der Zwischenrechtsbeträge (A 8). — Da das Recht aus dem Vorbehalte eine mit dem Eigentum verbundene, einen Teil des Eigentumsrechts darstellende Befugnis ist, kann es nicht selbständig Gegenstand einer Verfügung oder der Zwangsvollstreckung (z. B. Pfändung) sein (**RG** 117, 431; RJA 8, 53; 11, 69; 14, 308; KGJ 40, 234; 48, 182; OLG 17, 341). Der Gläubiger des Eigentümers ist auch nicht berechtigt, auf Grund eines vollstreckbaren Titels eine Zwangshypothek (§ 867 ZPO) dahin eintragen zu lassen, daß diese Hypothek den Vorrang vor einer mit dem Rangvorbehalt belasteten Hypothek erlangt (str.). Nur durch ein den Eigentümer zur Bewilligung der Eintragung mit dem Vorrang verurteilendes rechtskräftiges Urteil (§ 894 ZPO) könnte die Eintragung einer Hypothek mit einem dem Vorbehalt entsprechenden Range erzielt werden. — Im **§ 7 AufwG** ist dem Eigentümer die in der Überschrift als Rangvorbehalt bezeichnete Befugnis gewährt, im Range nach einem aufgewerteten Recht und vor den diesem nachgehenden Rechten eine Hypothek oder Grundschuld bis zu einer bestimmten Höhe eintragen zu lassen. Diese Befugnis trifft aber nur solche nachgehenden Rechte, die zur Zeit des Inkrafttretens des Aufwertungsgesetzes bereits eingetragen oder nach diesem Gesetz wieder einzutragen waren (JW 1927, 1021[1]), dagegen nicht solche Rechte, die erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes — und sei es selbst nach der Ausübung der Befugnis — neu begründet sind (**RG** 117, 426; 130, 65). Neu geregelt ist diese Frage durch die §§ 17, 18 des GrVerGes v. 18. 7. 1930. Die Befugnis ist als ein Teil des Eigentumsrechts zu erachten, so daß das oben über die Unzulässigkeit der Verfügung, die Zwangsvollstreckung usw. Bemerkte auch hier gilt (str.; JW 1926, 1858[1]; 1927, 1013[1]; OLG 45, 300). Die Befugnis wirkt auch gegenüber einer Auflassungsvormerkung (JW 1929, 1989[2]; 1932, 2822[1]). Sie kann nur einmal ausgeübt werden; ist sie ausgeübt, so ist sie für immer verbraucht. Dies gilt auch dann, wenn eine demnächst wieder gelöschte Hypothekenvormerkung in den Vorbehalt eingerückt ist (**RG** 124, 201). Eine Ausnutzung des Vorbehalts für bestimmte Zwecke verlangt das Gesetz nicht (**RG** 130, 383). Die Eintragung des Rangvorbehalts setzt das Vorhandensein von Nachrechten voraus, da sonst das Eigentum ohnehin hinter dem aufgewerteten Recht für Beleihungszwecke verfügbar und somit die Eintragung des Vorbehalts überflüssig wäre; für diese Voraussetzung macht es aber keinen Unterschied, ob die Nachrechte noch im Grundbuch eingetragen oder ob sie zwar gelöscht, aber nach §§ 14, 15, 20 AufwG aufwertungs- und wiedereintragungsfähig sind (JFG 3, 363; 3, 377; OLG 45 S. 4, 311). Die Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld an der vorbehaltenen Rangstelle kann nach § 40 GBO erst vorgenommen werden, wenn der Rangvorbehalt selbst eingetragen ist (JFG 3, 360). Nach § 7 Abs 3 Satz 2 AufwG ist der Rangvorbehalt bei der Eintragung der Aufwertung von Amts wegen, auf Antrag des Eigentümers auch früher, in das Grundbuch einzutragen; jetzt gelten insoweit die §§ 13 bis 16 GrVerGes. Die Eintragung von Hypotheken oder Grundschulden auf Grund des Vorbehalts hat nach Art 9 DurchfVO v. 29. 11. 25 in Goldmark (amtlich festgestellter Preis für $^{1}/_{2790}$ kg Feingold) zu erfolgen; doch ist auch Eintragung in Reichsmark statthaft: JW 1926, 2097[4]; Recht 1931 Nr 567; jetzt § 15 Abs 1 S. 3, 4 GrVerGes. Der Rangvorbehalt ist ohne Eintragung nach § 7 Abs 3 Satz 1 AufwG gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt (JFG 3, 374). Ist der Vorbehalt irrtümlich mit zu weit gehender Wirkung eingetragen, so genießen die in den Vorbehalt eingerückten und dann abgetretenen Rechte den Schutz des § 892 (**RG** 130, 64). Der Verzicht auf den Rangvorbehalt bedarf nach § 7 Abs 5 AufwG der Eintragung in das Grundbuch. Über das Verhältnis dieses Verzichts zu dem Verzicht aus § 928 vgl. dort A 5 a. E. Über weitere Einzelheiten s. JFG 3 S. 371, 376; OLG 45, 1 (Eintragung zulässig, auch bevor der Rangvorbehalt selbst eingetragen ist); OLG 45, 311 (Verzicht nicht bloß zugunsten einzelner Rechte). Ist die aufgewertete Hypothek nicht erststellig und liegt der Goldmarkbetrag ihrer Aufwertung auch nicht innerhalb der im § 7 Abs 1 Satz 2, Abs 2 AufwG bestimmten Mündelsicherheitsgrenze, so ist die Eintragung eines Rangvorbehalts unzulässig (OLG 45, 289). Mehrere im gleichen Range an erster Stelle stehende Hypotheken sind zusammen als erststellige Rechte im Sinne des § 7 anzusehen (OLG 45, 291). Im Falle der Teilung einer erststelligen Hypothek in Teilrechte von verschiedenem Range sind für den Rangvorbehalt des § 7 AufwG die Teilhypotheken weiter als einheitliche Hypothek anzusehen (OLG 45, 292; JW 1927, 64). Dabei steht, wenn die Teilung auf teilweiser Abtretung beruht, das dem früheren Gläubiger (Zedenten) durch § 17 AufwG neben dem Zessionar gewährte Recht auf Aufwertung nach § 21 Abs 2 AufwG dem Rangvorbehalt im Range nach (OLG 45, 294). Dasselbe

gilt, wenn eine für eine Bruchteilsgemeinschaft bestehende erststellige Hypothek (z. B. für Eheleute zu gleichen Teilen) in Einzelhypotheken mit verschiedenem Range geteilt wird; auch hier wird der Bruchteilshypothek durch die Teilung nicht die Eigenschaft als eine durch den Gesamtbetrag begrenzte Rangstelle im Sinne des § 7 AufwG entzogen (OLG 45, 294). Über Zusammenrechnung mehrerer Rechte desselben Gläubigers als einheitliches erststelliges Recht, wenn der Gläubiger ein öffentlichrechtliches Unternehmen mit Bindung an Beleihungsgrenzen ist, vgl. § 7 Abs 1 Satz 3 AufwG und dazu OLG 45 S. 296, 297; 46, 4; JW 1927, 1014. Geht einer gelöschten, nach § 15 AufwG aufzuwertenden, erststellig eingetragen gewesenen Hypothek bei ihrer Wiedereintragung eine inzwischen eingetragene Hypothek kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäß § 20 AufwG im Range vor, so gilt doch jene Hypothek im Sinne des § 7 als erststellig (OLG 45 S. 300, 302). Ist aber die zwischenzeitlich eingetragene Hypothek eine wertbeständige Hypothek, so ist nach § 7 Abs 4 AufwG der Betrag der Hypothek von dem Rangvorbehalt in Abzug zu bringen (OLG 45 S. 301, 303, 304). Dies gilt auch bei einer wertbeständigen Höchstbetragshypothek (OLG 56, 304) und bei einer Vormerkung auf Bestellung einer wertbeständigen Hypothek (OLG 45, 305; A 2). Bei Briefhypotheken bedarf es zur Eintragung des Rangvorbehalts und der Rangeintritte nicht der Vorlegung des Briefes, da das Aufwertungsgesetz allgemein die Vermutung gelten läßt, daß der im Grundbuch eingetragene Gläubiger der wahre Gläubiger ist (OLG 45, 309). Die Rangbefugnis des § 7 AufwG ist ebenso wie der Rangvorbehalt des § 881 BGB (s. oben) nicht abtretbar und deshalb auch nicht pfändbar (RG 117, 431).

Der Vorbehalt wirkt dinglich gegen jeden Dritten, jedoch mit der aus Abs 4 sich ergebenden Einschränkung bezüglich der Zwischenrechte. Die Wirkung entspricht grundsätzlich der des § 880 (JFG 8, 298). Läßt der jeweilige Eigentümer ein vorbehaltenes Recht eintragen, so ist die Vorrangseinräumung endgültig vollzogen. Der Rang des vorbehaltenen Rechts ist dann von dem Bestand des zurücktretenden Rechts insofern nicht abhängig, als eine Aufhebung durch Rechtsgeschäft keinen Einfluß hat; denn die Verfügung über das zurücktretende Recht kann die erworbenen Rangrechte des Erwerbers des vorbehaltenen Rechts nicht beeinträchtigen. Wenn dagegen die Aufhebung auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes, erfolgt (z. B. im Falle eines zurücktretenden Nießbrauchsrechts durch den Tod des Berechtigten), so wird auch der Vorrang für das vorbehaltene Recht hinfällig, weil das zurücktretende Recht und damit auch der Rangvorbehalt als Bestandteil des Rechts von vornherein mit der Einschränkung behaftet war. Hier gilt also im Ergebnis dasselbe wie nach § 880 Abs 3 von der Aufhebung des zurücktretenden Rechts bei der Rangänderung (§ 880 A 8). Besteht das zurücktretende Recht trotz seiner Eintragung nicht (z. B. weil die Einigung fehlt oder nichtig ist) oder wird es, sei es rechtsgeschäftlich sei es auf anderer Grundlage, aufgehoben, bevor der Eigentümer die vorbehaltene Befugnis ausgeübt hat, so ist oder wird auch der Vorbehalt hinfällig, weil er selbst ein Bestandteil des Rechts ist und ein Rechtserwerb auf Grund des Vorbehalts nicht stattgefunden hat. — Die Frage, ob der Rangvorbehalt mit einmaliger Ausübung erlischt, ist streitig. Das Kammergericht (KGJ 40, 234; JFG 5, 383; 6, 315; 8, 298) nimmt an, daß der Eigentümer, wenn nach Vollziehung des Vorbehalts das eingetragene Vorrangsrecht gelöscht wird, auf Grund des Vorbehalts von neuem ein gleichartiges Recht mit Vorrang eintragen lassen dürfe, es sei denn, daß der Vorbehalt auf einen einzelnen Fall bestimmter Art beschränkt und dies im Grundbuch eingetragen sei. Dieser Ansicht kann in ihrer Allgemeinheit nicht beigetreten werden. Wie aus den Worten „ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht" zu entnehmen ist, geht das Gesetz davon aus, daß der Eigentümer sich regelmäßig nur für ein einziges, dem Umfange nach zu bestimmendes und auch sonst zu kennzeichnendes (A 4) Recht, nicht für mehrere Rechte nacheinander die Rangänderung vorbehält. Läßt also der Eigentümer ein solches Recht mit der Erklärung eintragen, daß es das vorbehaltene Recht sein solle, so ist damit die vorbehaltene Rangänderung vollzogen und der Vorbehalt erledigt. Kommt demnächst das Vorrangsrecht in Wegfall und erlangt daher das zurückgetretene Recht den früheren Rang, so kann der Eigentümer nicht noch einmal für ein weiteres, sei es auch gleichartiges Recht eine Rangänderung auf Grund des Vorbehalts herbeiführen. Nur dann kann ihm diese Befugnis zugebilligt werden, wenn der Vorbehalt sich seinem Inhalt nach von vornherein ausdrücklich auf mehrere Fälle nacheinander erstreckte. — Durch den Vorbehalt wird der Eigentümer nicht gehindert, Eintragungen ohne Beilegung des vorbehaltenen Vorrechts zu bewilligen. Auch können im Wege der Zwangsvollstreckung gegen ihn solche Eintragungen (z. B. von Zwangshypotheken) bewirkt werden (RJA 8, 55). Sie sind, wenn der Eigentümer demnächst das vorbehaltene Recht eintragen läßt, Zwischeneintragungen im Sinne des Abs 4 (A 8).

Die **Aufhebung des Vorbehalts** erfordert auch vor seiner Ausübung eine Einigung zwischen Eigentümer und Rechtsinhaber. Denn sie enthält nicht eine teilweise Aufhebung des zurücktretenden Rechts, das im vollen Umfange bestehenbleibt, sondern eine Inhaltsänderung. Deshalb kommt nicht § 875, wonach eine einseitige Verzichtserklärung des Eigentümers außer der Löschung genügen würde, sondern § 877 zur Anwendung (str.). Formellrechtlich genügt aber auch hier zur Vornahme der Löschung nach §§ 19, 29 GBO die formgerechte Löschungsbewilligung des Eigentümers. Erlischt das mit dem Vorbehalt belastete Recht (z. B. durch Zuschlag in der Zwangs-

versteigerung des Grundstücks), bevor der Vorbehalt ausgeübt ist, so erlischt auch der Vorbehalt (A 7).

4. Das vorbehaltene Recht ist **dem Umfange nach bestimmt,** wenn sich aus dem Grundbuch klar ergibt, bis zu welchem Höchstbetrag es den Vorrang haben soll (**RG** Warn 08 Nr 319; JFG 8, 302). Dies ist im Falle des Vorbehalts einer Hypothek zu einem bestimmten Betrage auch dann gegeben, wenn der Hypothek der Vorrang nur insoweit zustehen soll, als die durch sie gesicherte Forderung (z. B. Baugelddarlehn) zur Entstehung gelangt, da der ausscheidende Teil bestimmbar ist (RJA 4, 250; 7, 62; **RG** JW 05, 434[14]). Auch die wertbeständige Hypothek (RGes v. 23. 6. 23; § 1113 A 4) ist ein dem Umfange nach bestimmtes Recht im Sinne des § 881 (**RG** 135, 194). Der in dem Vorbehalt angegebene Wertmesser muß genau übereinstimmen mit dem Wertmesser, der bei dem Recht vorgesehen ist, das in den Vorbehalt einrücken soll; andernfalls ist die Eintragung dieses Rechts in dem Vorbehalt abzulehnen (HRR 1932 Nr 616). Ist unter Verletzung dieses Grundsatzes eine Eintragung vorgenommen, also z. B. an der für eine Roggenhypothek vorbehaltenen Rangstelle eine Goldmarkhypothek ohne Zustimmung des Inhabers des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechts eingetragen worden, so ist diese Eintragung nicht ihrem Inhalt nach unzulässig (§ 54 Abs 1 S. 2 GBO); die eingetragene Hypothek erlangt vielmehr den vorbehaltenen Rang insoweit, als sie nicht über den Umfang des eingetragenen Rangvorbehalts hinausgeht (**RG** 135, 195). — Soll eine vorbehaltene Hypothek verzinslich sein, so muß regelmäßig der Zinsfuß oder der Höchstbetrag, bis zu dem auch die Zinsen den Vorrang haben sollen, angegeben sein (RJA 4, 247). Die Verzinslichkeit kann sich aber auch ohne ausdrückliche Hervorhebung in der Eintragung aus der Natur der Sache ergeben (z. B. bei einem landschaftlichen Pfandbriefdarlehn); dann darf — in entsprechender Anwendung des § 1119 Abs 1 — die Hypothek, für die der Rang vorbehalten ist, ohne Zustimmung der mit dem Vorbehalt belasteten Rechte als verzinsliche mit einem Zinssatz bis zu 5% in den Vorbehalt eingetragen werden (**RG** 135, 196). Ist aber die Hypothek als eine unverzinsliche vorbehalten, so erhalten hinzugefügte Zinsen, auch wenn sie den Zinssatz von 5% nicht überschreiten, den Vorrang nicht; § 1119 kommt dann nicht zur Anwendung, da durch die Vorbehaltseinigung die Zinsen von der Erlangung des Vorrangs ausgeschlossen sind. — Im Falle des Vorbehalts nach § 7 AufwG (A 3 Abs 2 a. E.) bedarf es nicht der Angabe eines bestimmten Zinssatzes. Die Eintragung erfolgt vielmehr mit den Worten des Gesetzes „mit dem üblichen Zinsfuß". Erst wenn auf Grund des Vorbehalts demnächst eine Hypothek oder Grundschuld eingetragen wird, ist gemäß § 1115 BGB der Zinssatz bestimmt zu bezeichnen, und zwar bis zur Höhe des dann üblichen Zinsfußes (JW 1926, 179[3]; JFG 3, 369). — Abgesehen von dem Umfange muß auch das Recht selbst so deutlich bezeichnet sein, daß sein Gleichsein mit dem später einzutragenden Rechte unzweifelhaft ist. Die Bezeichnung der Person, der das vorbehaltene Recht zustehen soll, ist nicht erforderlich.

5. Ein Recht erlangt den **Rang vor einem** andern **Recht** auch dann, wenn es gleichen Rang mit diesem Recht erhält. Denn damit tritt es teilweise dem anderen Rechte vor (§ 880 A 2). Daher ist auch ein Vorbehalt der Eintragung eines Rechtes mit gleichem Range zulässig (a. M. KGJ 39 A 194). — Bei der **Eintragung des vorbehaltenen Rechtes** muß, wie im § 842 E I ausdrücklich vorgeschrieben war, jetzt aber aus § 879 Abs 3 zu entnehmen ist (Prot 3, 100), durch einen besonderen Vermerk ersichtlich gemacht werden, daß dieses Recht das kraft des Vorbehalts mit Vorrang versehene Recht ist (RJA 9, 200). Einer Eintragung des Vorrangs bei dem zurücktretenden Recht bedarf es zur materiellen Wirksamkeit nicht (anders für die Rangänderung § 880 A 4), da der Vorrang bereits aus dem eingetragenen Vorbehalt erkennbar ist (RJA 9, 202). Auch formellrechtlich ist durch Reichsgesetz eine solche Eintragung nicht vorgeschrieben. Wo landesrechtlich (wie z. B. in Preußen durch das Formular zur Vf v. 20. 11. 99 Abt II Nr 2, Abt III Nr 4) diese Eintragung vorgesehen ist, hat sie nicht die Bedeutung einer Eintragung im Sinne des § 42 Abs 1 Satz 1 GBO, da sie die dingliche Rechtslage nicht ändert, sondern nur eine Tatsache bekundet. Wenn das zurücktretende Recht eine Briefhypothek ist, bedarf es also nicht der Vorlegung des Briefs (RJA 9, 201). Die Zustimmung des Inhabers des zurücktretenden Rechts zu der Eintragung ist weder materiellrechtlich noch formellrechtlich erforderlich, da der Vorrang schon im voraus bewilligt ist (A 3 „Wesen") und das durch den Vorbehalt inhaltlich eingeschränkte Recht durch die Ausübung des Vorbehalts nicht mehr im Sinne des § 19 GBO betroffen wird (RJA 9 S. 67, 201). Daher genügt formellrechtlich zur Eintragung die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers. Bei der Eintragung hat das Grundbuchamt hinsichtlich des Umfangs nur zu prüfen, ob das einzutragende Recht für sich die Grenzen des Vorbehalts innehält, dagegen nicht, ob und inwieweit durch etwa in der Zwischenzeit erfolgte Eintragungen ohne Vorbehaltsrecht (z. B. durch Zwangshypotheken) der Vorbehalt bereits erschöpft ist; denn der Einfluß, den solche Zwischeneintragungen auf die Rangverhältnisse des vorbehaltenen Rechts haben, läßt sich erst in der Zwangsversteigerung feststellen (A 8). Zulässig ist auch eine mehrfache Eintragung von Vorrangsrechten insofern, als die vorbehaltene Rangstelle durch mehrere gleichartige Rechte ausgefüllt werden kann, die erst in ihrer Gesamtheit den Umfang des Rangvorbehalts erreichen oder hinter ihm zurückbleiben (RJA 11, 66). Ein bereits eingetragenes, dem Vorbehalt entsprechendes Recht, dem bei der Eintragung das Vorrecht nicht

beigelegt worden ist, kann nachträglich gemäß § 877 als dasjenige Recht bestimmt werden, das den vorbehaltenen Rang einnehmen soll (RJA 11, 70; vgl. auch A 1 a. E.).

6. Erst durch die **Eintragung des Vorbehalts** bei dem zurücktretenden Recht tritt der Vorbehalt in Wirksamkeit. Sollen mehrere Rechte im Range zurücktreten, wird aber der Vorbehalt nur bei einem von ihnen eingetragen, so entsteht er nur mit Wirkung gegenüber diesem einen Rechte, nicht mit Wirkung gegenüber den anderen Rechten, bei denen die Eintragung unterblieben ist (JFG 8, 299). Die erforderliche Einigung (A 3 „Einigung") kann auch nach der Eintragung erfolgen. Dann tritt die Wirksamkeit erst mit dem Zeitpunkte der Einigung ein. Der Eintragungsvermerk muß das vorbehaltene Recht und dessen Umfang entsprechend der Einigung mit Bestimmtheit bezeichnen. Nicht unzulässig ist ein Vorbehalt dahin, daß eine Reichsmarkhypothek von bestimmtem Nennbetrag oder eine Goldmarkhypothek von gleichem Nennbetrag den Vorrang haben solle (JFG 8, 302). Eine völlige Ersetzung der Aufnahme in den Eintragungsvermerk durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist unzulässig, da ausdrücklich die Eintragung des Vorbehalts vorgeschrieben ist (RG Warn 08 Nr 319; KGJ 46, 202; 48, 181). Sind nähere Bestimmungen über die Art des Rechts gegeben, für welches der Vorrang vorbehalten sein soll, so ist § 874 entsprechend anzuwenden. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Bestimmungen ist also insoweit zulässig, als bei der Eintragung des vorbehaltenen Rechts selbst eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig wäre (str.; vgl. KGJ 48, 182, wo jedoch der Rangvorbehalt einer Grundstücksbelastung gleichgestellt und allgemein wie bei dieser die Bezugnahme zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Rangvorbehaltungsbestimmungen für zulässig erachtet wird).

7. Die **vorbehaltene Befugnis geht auf den Erwerber des Grundstücks über,** gleichviel, ob die **Veräußerung** freiwillig oder im Wege der Zwangsversteigerung erfolgt (Prot 3, 102; RJA 11, 68). Im letzteren Falle gilt dies aber nicht, wenn das zurücktretende Recht durch den Zuschlag nach §§ 52 Abs 1 Satz 2, 91 Abs 1 ZVG erlischt. Dann erlischt mit dem Recht auch der Vorbehalt, weil er mit zum Inhalt des Rechts gehört (RG JW 07, 703[4]).

8. Werden nach der Eintragung des vorbehaltenen Rechts weitere Rechte eingetragen, so hat jenes Recht den Vorrang vor dem mit dem Rangvorbehalt belasteten Recht, und dieses Recht hat den Vorrang vor den später eingetragenen vorbehaltlosen Rechten. Wenn dagegen nach der Eintragung des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechts an dem Rangvorbehalt unbeteiligte Rechte, sei es im Wege der freiwilligen Bestellung, sei es im Wege der Zwangsvollstreckung, eingetragen werden (s. über die Berechtigung des Eigentümers zu solchen Eintragungen A 3 Abs 2, 3) und dann erst der Rangvorbehalt durch Eintragung des vorbehaltenen Rechts ausgefüllt wird, so soll nach Abs 4 das vorbehaltene, nach den Zwischeneintragungen eingetragene Recht insoweit nicht kraft des Vorbehalts vor dem mit dem Rangvorbehalt belasteten Recht vorrücken, als das mit dem Rangvorbehalt belastete (zurücktretende) Recht infolge der Eintragung der Zwischenrechte eine über den Umfang des Vorbehalts hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde; der Betrag der Zwischenrechte soll also von dem Betrag des vorbehaltenen, nachträglich eingetragenen Rechts abgerechnet werden, und nur wegen des Überschusses soll das vorbehaltene und eingetragene Recht den Vorrang vor dem mit dem Rangvorbehalt belasteten Recht haben. Wie das Wort „inzwischen" klar ergibt, kommt als ein Zwischenrecht im § 881 Abs 4 nur in Betracht ein solches Recht, das in der Zeit zwischen der Eintragung des Vorbehalts und der Eintragung des mit dem vorbehaltenen Vorrang ausgestatteten Rechts entstanden ist (str.; RG 131, 203). Eine **Beeinträchtigung durch solche Zwischeneintragungen über den Vorbehalt hinaus** kann aber für das mit dem Rangvorbehalt belastete, zurücktretende Recht nur dann in Frage kommen, wenn bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Versteigerungserlös nicht ausreicht, um die bei dem Rangvorbehalt beteiligten Rechte und die Zwischeneintragungen zu decken, und ein Teil des Erlöses auf die letzteren entfällt. Wenn der Erlös nicht den Betrag übersteigt, der zur Deckung des zurücktretenden Rechts erforderlich ist, tritt das vorbehaltene Recht im Umfange des Vorbehalts für den Anspruch auf den Erlös an die Stelle des zurücktretenden Rechts trotz der Zwischeneintragungen, da diese vom Erlöse nichts erhalten, also ihr Bestehen die Rangstellung des zurücktretenden Rechts bei der Verteilung nicht verschlechtert. Geht dagegen der nicht ausreichende Erlös über den zur Deckung des zurücktretenden Rechts erforderlichen Betrag hinaus, so mindert sich die Vorrangstellung des vorbehaltenen Rechts um den Betrag, der auf die Zwischeneintragungen entfällt. Denn das zurücktretende Recht wäre, wenn in diesem Falle das vorbehaltene Recht für den Anspruch auf den Erlös unverkürzt an die Stelle des zurücktretenden Rechts treten würde, nicht unmittelbar nach dem vorbehaltenen Recht hebungsberechtigt, würde also in Höhe des auf die Zwischeneintragungen entfallenden Betrags durch die Zwischeneintragungen beeinträchtigt sein. Sind z. B. an Hypotheken eingetragen für A 10000 RM mit dem Vorbehalt, für B vorbehaltlos zwischeneingetragene 100 RM und für C vorbehaltene 10000 RM, so erhält, wenn der Erlös 10000 RM beträgt, C diese 10000 RM, während A und B ausfallen (irrtümlich Prot 3, 101, wonach C nur 9900 und B 100 RM erhalten soll); wenn der Erlös 11000 RM beträgt, erhält A 1000, B 100 und C 9900 RM; wenn der Erlös 10050 RM beträgt, erhält A 50, B 50 und C 9950 RM. Bei der Feststellung des geringsten Gebots (§§ 44 ff. ZVG) ist im Falle von Zwischenein-

tragungen das vorbehaltene Recht nur insoweit mit einem Range vor dem zurücktretenden Recht zu berücksichtigen, als nach Abzug der Beträge der Zwischeneintragungen von dem Betrag des vorbehaltenen Rechts ein überschießender Betrag dieses Rechts verbleibt. — Für den dem Rangvorbehalt des § 881 rechtsähnlichen Rangvorbehalt nach § 7 AufwG (A 3 Abs 2 a. E.) wird § 881 Abs 4 entsprechend anzuwenden sein, wenn nach Inkrafttreten des AufwG eine Hypothek neu eingetragen und demnächst erst der Rangvorbehalt durch Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld ausgefüllt wird (JW 1927, 1021).

§ 882

Wird ein Grundstück mit einem Rechte belastet, für welches nach den für die Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften dem Berechtigten im Falle des Erlöschens durch den Zuschlag der Wert aus dem Erlöse zu ersetzen ist [1]), so kann der Höchstbetrag des Ersatzes bestimmt werden [2]). Die Bestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch [3]).

E II 867; P 6 242.

1. **Rechte, deren Wert aus dem Erlöse zu ersetzen ist,** sind diejenigen, an deren Stelle im Falle ihres Erlöschens durch den Zuschlag (§§ 52 Abs 1, 91 Abs 1 ZVG) gemäß § 92 Abs 1 ZVG der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse tritt, die also nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet sind. Daher betrifft § 882 nicht Hypotheken und Grundschulden. Ferner bestimmt sich bei ablösbaren Rechten der Betrag der Ersatzleistung gemäß § 92 Abs 3 ZVG nicht durch den Wert, sondern durch die Ablösungssumme. Deshalb scheiden hier auch aus die Rentenschuld (§ 1199 Abs 2) und die übrigen ablösbaren Rechte nach den durch Art 113 EG aufrechterhaltenen Landesgesetzen. Mithin kommen für § 882 nur vor dem 22. 1. 1919 bestellte (jetzt § 25 VO v. 15. 1. 1919) Erbbaurechte sowie Dienstbarkeiten und Reallasten in Betracht (OLG 39, 243). Bei Vorkaufsrechten kann § 882 nach §§ 1098, 512 nur dann in Frage kommen, wenn sie gemäß § 1097 Abs 1 Halbs 2 für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt sind.

2. Durch den eingetragenen **Höchstbetrag des Ersatzes** wird der Ersatzanspruch nur nach obenhin begrenzt. Der Berechtigte kann im Falle der Zwangsversteigerung den Betrag nicht ohne weiteres als den Wert seines Rechts beanspruchen. Vielmehr bestimmt sich die Höhe des Ersatzanspruchs innerhalb der Grenze nach §§ 92, 121 ZVG. Allerdings wird der Höchstbetrag gemäß § 114 Abs 1 ZVG in den Teilungsplan aufgenommen. Die gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten können aber unter Erhebung des Widerspruchs nach § 115 ZVG die Herabsetzung des Ersatzanspruchs auf den wirklichen Wert verlangen.

3. Die **Bestimmung** des Höchstbetrags betrifft den Inhalt des Rechts und bedarf daher, wie das Recht selbst, zur materiellen Wirksamkeit neben der Eintragung in das Grundbuch (OLG 39, 243) der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten gemäß § 873 oder, wenn die Bestimmung erst nach der Eintragung des Rechts erfolgt, gemäß § 877. Formellrechtlich genügt zur Vornahme der Eintragung nach § 19 GBO die Eintragungsbewilligung, und zwar im ersteren Falle des Eigentümers, im letzteren Falle des Berechtigten, der durch die sein Recht einschränkende Eintragung der Bestimmung betroffen wird. Die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist im letzteren Falle nicht erforderlich, weil sie durch die Eintragung des Höchstbetrags nicht benachteiligt werden.

§ 883

Zur Sicherung [1]) des Anspruchs [2]) auf Einräumung [3]) oder Aufhebung [4]) eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte [5]) oder auf Änderung des Inhalts [6]) oder des Ranges [7]) eines solchen Rechtes kann eine Vormerkung [8]) in das Grundbuch eingetragen werden [9]). Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig [10]).

Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde [11]). Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung [12]) oder durch den Konkursverwalter erfolgt [13]).

Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung [14]).

E II 803; P 3 107ff., 181ff., 740ff.; 6 222

1. Als vorläufige Eintragungen **zur Sicherung** gegen die Gefahren, die mit dem Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und mit dem Eintragungsgrundsatz verbunden sind, läßt das BGB die Vormerkung und den Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zu. Die Vormerkung (§ 883) dient zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Änderung der Grundstücksrechtsverhältnisse, der Widerspruch (§ 899) zur Sicherung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden dinglichen Rechts. Ist zugunsten des wahren Grundstückseigentümers eine Auflassungsvormerkung statt eines Widerspruchs eingetragen, so hat die Vormerkung dennoch die Wirkungen der §§ 883, 888 (RG 139, 355). Denn der Berichtigungsanspruch des wahren Eigentümers gegen den Bucheigentümer aus § 894, den der Widerspruch gesichert hätte, kann auch in der Form des jetzt durch die Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs geltend gemacht werden (§ 894 A 3). — Durch die Vormerkung wird der Anspruch nur gesichert, nicht erfüllt. Er wird auch nicht geschaffen, sondern nur erhalten. Das dingliche Recht, auf das der Anspruch gerichtet ist, wird durch die Vormerkung weder begründet noch umgewandelt; die Begründung wird nur vorbereitet. Der Anspruch wird durch die Vormerkung nicht verändert; insbesondere wird seinem Bestande dadurch keine größere Kraft als bisher verliehen (RG 78, 408). Vielmehr bleiben die ihm etwa anhaftenden Mängel und Einreden bestehen. Wer den vorgemerkten Anspruch geltend macht, muß sein Bestehen nach wie vor beweisen. Die Eintragung beweist nur bis zum Beweise des Gegenteils, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vormerkungseintragung (§ 885) vorliegen und daß die Vormerkung den in dem Eintragungsvermerk angegebenen Inhalt und Umfang hat (A 8). — Die Vorschriften des AufwG über die Aufwertung von Hypotheken sind auf Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek entsprechend anwendbar (JFG 9, 223). Auch das Gesetz über die Vereinigung der Grundbücher vom 18. 7. 30 (Vorbem. 7 am Schluß vor § 1113) findet auf Hypothekenvormerkungen Anwendung (JW 1932, 61[1]).

2. Nur die im Abs 1 bezeichneten **Ansprüche** können durch Vormerkung gesichert werden, also nur Ansprüche, **die auf Begründung einer eintragungsfähigen,** ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück betreffenden **Rechtsänderung gerichtet sind** und durch die endgültige Eintragung der Rechtsänderung erfüllt werden können (RG 48, 64; 55, 273; 56, 14; 60, 319; 60, 425; RJA 3, 136; 5, 215; KGJ 20 A 94; 22 A 154; 40 A 126). Es sind dies Ansprüche auf diejenigen Rechtsänderungen, über deren Begründung die §§ 873 (Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, Einräumung eines begrenzten Rechts an einem Grundstück, Übertragung eines solchen Rechts, Einräumung eines Rechts an einem solchen Recht), 875 (Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück), 876 (Zustimmung des Drittberechtigten zur Aufhebung eines mit einem Recht belasteten Rechts an einem Grundstück), 877 (Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück), 880 (Rangänderung) Bestimmung treffen, und ferner Ansprüche auf Aufhebung von Rechten, die ein Recht an einem Grundstück belasten. Alle anderen Ansprüche sind von der Sicherung durch Vormerkung ausgeschlossen (s. die obigen Entscheidungen). Ausgeschlossen sind daher z. B. Vormerkungen zur Sicherung: des Anspruchs aus der vom Verkäufer eines Grundstücksteils übernommenen Verpflichtung, den Teil von den auf ihm haftenden Schulden und Lasten zu befreien (RG 55, 270); von Ansprüchen auf Begründung solcher Rechte und Rechtsverhältnisse, deren Eintragung in das Grundbuch nicht zulässig ist (vgl. § 886 A 3 a. E. und die in Vorbem 2 vor § 873 angeführten Beispiele für nicht eintragungsfähige Rechte). Ist ein Anspruch auf Eintragung solcher Rechte vorgemerkt, so ist die Vormerkung unwirksam (RG 48, 61; 53, 415; 55, 271; JW 03 Beil 116; § 886 A 3 a. E.). Aus schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen, die selbst nicht eintragungsfähig sind, kann sich aber ein Anspruch auf Einräumung eines Rechts ergeben, dessen Sicherung durch Vormerkung zulässig ist, z. B. ein vormerkungsfähiger Anspruch auf Übertragung von Grundeigentum (Auflassung): aus der vom Eigentümer bewilligten Eintragung eines Ankaufsrechts (RG Gruch 67, 80; OLG 45, 202); aus der vom Eigentümer übernommenen Verpflichtung, einer Gemeinde eine Grundfläche gegen eine vereinbarte Entschädigung zum Straßenlande abzutreten (KGJ 25 A 149); aus der vom Verpächter in einem Pachtvertrage übernommenen Verpflichtung, das Pachtgrundstück nach Beendigung der Pacht dem Pächter zu einem bestimmten Kaufpreise zu überlassen (OLG 6, 122; KGJ 20 A 77). Ansprüche, die an sich nach ihrer allgemeinen Natur vorgemerkt werden können, müssen für die Eintragung der Vormerkung in der Darstellung der Merkmale des vorzumerkenden Rechts dieselben Anforderungen erfüllen, die zur Vornahme der Eintragung des Rechts selbst zu stellen sind. Daher kann z. B. die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Reallast vom Grundbuchrichter nicht vorgenommen werden, wenn die Höhe der Reallastleistungen unbestimmbar ist (JFG 1, 429). — Im Falle der Anfechtung einer Veräußerung durch den Konkursverwalter gemäß §§ 29ff. KO muß nach § 37 KO das durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners Veräußerte zur Konkursmasse zurückgewährt werden. Da hiernach einerseits die Anfechtung nur einen schuldrechtlichen, nicht einen dinglichen Anspruch auf Rückgewähr gibt (str.; RG 47, 220; 48, 149; 50, 134; 52, 341; 56, 14), so daß die Eintragung eines Widerspruchs nicht in Frage kommt, anderseits die Rückgewähr unmittelbar und im vollen Umfange zu erfolgen hat, kann z. B. im Falle der Veräußerung

eines Grundstücks der Anspruch des Konkursverwalters auf Rückübertragung (Auflassung) des Grundeigentums gegen den Erwerber durch Vormerkung gesichert werden. Wenn dagegen eine Veräußerung auf Grund des AnfG von einem Gläubiger angefochten wird, kann nach § 7 a. a. O. der Gläubiger, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, nur verlangen, daß der veräußerte Gegenstand als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig vom Empfänger zurückgewährt wird. Dies bedeutet, daß der Empfänger sich die Zwangsvollstreckung für den Gläubiger in das empfangene Vermögensstück gefallen lassen muß, gleich als ob dieses noch zu dem Vermögen des Schuldners gehörte (RG 56, 195; 60, 425; 67, 40; JW 02, 221 [30]; 03, 159 [24]). Danach steht dem Gläubiger z. B. im Falle der Veräußerung eines Grundstücks weder ein Anspruch auf Rückübertragung des Grundeigentums an ihn oder an den Schuldner zu noch ein Anspruch auf Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für seine Forderung; für die Eintragung einer Vormerkung ist daher kein Raum (RG 60, 425; 67, 41; 71, 178; Warn 09 Nr 104; RJA 5, 215). Zum Schutz gegen die Vereitelung des Anfechtungsrechts durch Weiterveräußerung des Empfangenen kann nur ein Veräußerungsverbot im Wege einstweiliger Verfügung gemäß §§ 935, 938 Abs 2 ZPO vom Gläubiger ausgebracht werden (RG 67, 42; Warn 09 Nr 104; OLG 4, 179). Derartige Veräußerungsverbote oder sonstige im Wege der einstweiligen Verfügung erlassene Verbote der Verfügung sind nicht auf Eintragung von Vormerkungen gerichtet, sondern enthalten Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 (KGJ 30 A 242).

Der Anspruch (§ 194 Abs 1) muß ferner, wie sich aus der Stellung der Vorschrift des § 883 im BGB ergibt, **ein privatrechtlicher** sein (RG 56, 14; 60, 425; Warn 09 Nr 104; KGJ 50, 197). Der Gläubiger einer vollstreckbaren Forderung hat keinen privatrechtlichen Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Rechts an einem dem Schuldner gehörigen Grundstück oder Grundstücksrecht, es sei denn, daß durch besondere gesetzliche Bestimmung (z. B. § 648 BGB) oder durch ein auf die Bestellung gerichtetes Rechtsgeschäft die Verpflichtung hierzu begründet ist. Aus §§ 866, 867 ZPO, wonach der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung ohne Einwilligung des Schuldners eine Sicherungshypothek eintragen lassen darf, folgt kein privatrechtlicher Anspruch auf Bewilligung der Eintragung einer solchen Hypothek (RG 60, 426; Warn 09 Nr 104; RJA 2, 93; KGJ 33 A 273; 47, 255). Ebensowenig ergibt sich aus der dem öffentlichen Rechte entspringenden Befugnis zur Pfändung nach § 830 ZPO, daß der Gläubiger einen privatrechtlichen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts an einer dem Schuldner gehörigen Hypothek hätte (RG 56, 15; OLG 6, 404; KGJ 33 A 273). In diesen Fällen ist also für eine Vormerkung kein Raum. Ferner ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Zahlung von Steuern unzulässig, auch wenn die Staatskasse nach den einschlägigen Bestimmungen für einen solchen Anspruch eine Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung eintragen lassen kann (JW 1922, 911 [1]).

Der Anspruch muß weiter **ein schuldrechtlicher** sein. Daher ist für einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 (z. B. auf Eintragung einer vor Inkrafttreten des BGB außerhalb des Grundbuchs entstandenen Grunddienstbarkeit) nicht eine Vormerkung als Sicherungsmittel gegeben, sondern die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 (OLG 4, 292; A 1). Vgl. SeuffA 65 Nr 15 (keine Vormerkung auf Grund lediglich einer bindenden Einigung; dazu RG 108, 331; Warn 1928 Nr 128 und § 873 A 13).

Sodann muß der Anspruch **gerichtet** sein **gegen denjenigen, dessen Grundstück oder belastendes Recht** von der Vormerkung **betroffen** werden würde, also gegen den gegenwärtigen Grundstückseigentümer oder Rechtsinhaber, dessen Recht geändert werden soll (RG 20, 244; 84, 81; RJA 4, 255; 13, 152; OLG 3, 98; 3, 387; 8, 106; 15, 333; 26, 10), auch wenn es sich um die Sicherung eines Anspruchs auf ein durch Testament begründetes persönliches Vorkaufsrecht (A 10) handelt (OLG 42, 273). Daher ist nicht vormerkungsfähig z. B. ein Anspruch: auf Auflassung gegen einen Dritten, dem gegenüber der Eigentümer sich zur Auflassung verpflichtet hat (RG 20, 244); des Wiederkaufsberechtigten auf Rückübertragung des Eigentums auch gegenüber einem dritten Erwerber (OLG 14, 71). Dagegen ist sicherungsfähig der Anspruch: auf Rückübertragung gegen den Käufer (RG 69, 282; 72, 392); auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit gegen den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks (KGJ 40 A 129), und zwar auch für den Fall der realen Teilung des Grundstücks (HRR 1932 Nr 1659); des Grundstückskäufers gegen den Verkäufer auf Löschung einer nicht übernommenen, für den Verkäufer früher eingetragen gewesenen, demnächst aber auf einen andern übertragenen Hypothek (OLG 3, 98); eines Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer auf Herbeiführung der Löschung vorgehender Hypotheken, falls sie einem Dritten zufallen sollten (OLG 3, 387); aus einem Erbvertrage auf Übertragung von Grundeigentum, falls der Berechtigte den Grundstückseigentümer überleben sollte (OLG 8, 106); gegen einen Miterben auf Bestellung einer Hypothek an dem künftig etwa ihm zufallenden Anteil an dem Nachlaßgrundstück (RJA 4, 253); auf Abtretung einer für den Verpflichteten etwa künftig entstehenden Hypothek (OLG 15, 334); des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer auf Löschung einer künftig etwa entstehenden und dann dem Eigentümer als Eigentümerhypothek zufallenden Hypothek (KGJ 23 A 154) oder auf Löschung einer vorgehenden Hypothek, auch wenn sie sich nicht mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, also nicht der Sonderfall des § 1179 vorliegt (OLG 6, 124;

10, 425). Die Vorschrift des § 1179 enthält eine Ausnahme von dem vorgenannten Grundsatz. Danach kann der Anspruch gegen den Eigentümer auf Löschung einer Hypothek, falls sie zur Eigentümergrundschuld werden sollte, durch Vormerkung gesichert werden, obwohl der Eigentümer noch nicht Inhaber der Hypothek ist (RJA 3, 130). Nicht zutreffend erscheint die in KGJ 33 A 284 vertretene Ansicht, daß die Vormerkung nach § 1179 bereits unter § 883 falle, weil § 883 Abs 1 Satz 2 eine Vormerkung auch zur Sicherung von künftigen oder bedingten Ansprüchen zulasse und ein Anspruch auch dann ein künftiger oder bedingter sei, wenn der sich Verpflichtende ein Recht am Grundstück erst künftig oder bedingt erlangen solle. Der Eigentümer ist nicht gegenwärtiger Inhaber der Hypothek und wird es möglicherweise, z. B. wenn er das Grundstück veräußert, auch niemals werden. Deshalb könnte nach dem oben dargelegten Grundsatz der Anspruch auf Löschung gegen ihn nicht auf Grund des § 883 vorgemerkt werden; nur durch die Ausnahmebestimmung des § 1179 ist dies zulässig geworden (str.; **RG** 72, 277; 84, 81; RJA 13, 153; jetzt auch KGJ 45, 270 unter Aufgabe von KGJ 33 A 284). Aus demselben Grunde ist auch nicht zutreffend die Annahme in jener Entscheidung, daß ein Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts oder eines Nießbrauchs an einer künftigen Eigentümerhypothek vorgemerkt werden könne (str.; KGJ 22 A 163; 26 A 46; 28 A 141; 30 A 244). Ferner kann bei einer Hypothek nicht ein Anspruch darauf vorgemerkt werden, daß der Eigentümer die Hypothek, falls sie zur Eigentümerhypothek werde, in eine Hypothek für eine andere Forderung des Gläubigers umwandle. Denn soweit der Anspruch auf Übertragung der künftigen Eigentümerhypothek gerichtet ist, scheitert die Zulässigkeit der Vormerkung daran, daß der Verpflichtete nicht gegenwärtiger Inhaber der Hypothek ist (so jetzt auch KGJ 45, 268; vgl. **RG** 72, 275). Soweit aber der Anspruch gegen den Eigentümer als solchen gerichtet ist, könnte nur eine Vormerkung für eine künftige neue Belastung an der zunächst offenen Stelle in Frage kommen (str.; a. M. KGJ 25 A 166). Weiter ist aus dem hier erörterten Grunde unzulässig eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs vor einer künftig möglicherweise entstehenden Eigentümergrundschuld (**RG** 84, 78). Dies gilt auch dann, wenn es sich um den Anspruch eines nachstehenden Hypothekengläubigers handelt; aus der für die Löschungsvormerkung im § 1179 gegebenen Ausnahmebestimmung ist für die Zulässigkeit einer solchen Rangrücktrittsvormerkung nichts zu entnehmen (**RG** 84, 81; a. M. RJA 13, 152; vgl. § 1179 A 5).

Nur der Anspruch **einer bestimmten Person** (natürliche oder juristische; z. B. nicht Polizeibehörde: KGJ 39 A 210; Fideikommißaufsichtsbehörde: KGJ 50, 196), der das Gläubigerrecht zusteht, kann durch Vormerkung gesichert werden. Da dieser Anspruch ein schuldrechtlicher ist, bestimmt sich nach dem Recht der Schuldverhältnisse, wer der Gläubiger des zu sichernden Anspruchs sein kann. Deshalb braucht der durch Vormerkung gesicherte Gläubiger nicht immer der Vertragsgenosse des Verpflichteten zu sein. Wenn durch Vertrag ein Anspruch auf Einräumung eines Rechts zugunsten eines Dritten (§§ 328ff.) begründet ist, kann für diesen Dritten eine Vormerkung eingetragen werden. Daneben oder auch selbständig kann für den Versprechensempfänger (§ 335) eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Einräumung des Rechts an den Dritten eingetragen werden (JFG 9, 207). Für eine noch unerzeugte Nachkommenschaft, die nach § 331 jedenfalls dann, wenn sie als Dritte in einem Vertrage bedacht worden ist, vorgestellte (fingierte) Rechtspersönlichkeit hat, kann eine Vormerkung (z. B. zur Sicherung des für sie begründeten Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek) eingetragen werden (**RG** 61, 356; 65, 277; KGJ 25 A 151; 32 A 217; OLG 10, 74). Ferner braucht der Gläubiger des zu sichernden Anspruchs nicht von vornherein der Person nach festzustehen; vielmehr kann nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im Gebiet der Schuldverhältnisse bestimmt werden, daß sich das Gläubigerrecht aus dem Eintritt einer Tatsache, aus dem Vorliegen eines sachlichen Merkmals, sei es auch bedingt oder zukünftig, ergeben soll (**RG** 128, 249; RJA 7, 145; 9, 265). Danach ist die streitige, von der vorigen Auflage verneinte Frage, ob für einen durch die jeweilige (gegenwärtige oder künftige) Inhaberschaft eines Rechts bestimmten Gläubiger] eines vormerkungsfähigen Anspruchs eine Vormerkung eingetragen werden kann, zu bejahen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß so das Gläubigerrecht verdinglicht werde, während der Kreis der dinglichen Rechte im BGB ein beschränkter sei. Es kommt hier eben nicht Sachenrecht, sondern Schuldrecht zur Anwendung (**RG** 128, 24; a. M. RJA 7, 67; OLG 40, 35). Zulässig ist also z. B.: bei dem Verkauf eines von zwei demselben Eigentümer gehörigen Grundstücken eine Grunddienstbarkeit (z. B. ein Fensterrecht) zugunsten künftiger Erwerber des anderen Grundstücks vorzumerken, mithin zugunsten noch ungewisser, aber durch den Eintritt der Tatsache des Grundstückserwerbs bestimmter Personen (**RG** SeuffA 67, 174; a. M. KGJ 40 A 126); zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit oder auf Auflassung eines Grundstücks eine Vormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks oder eines andern Grundstücks einzutragen (**RG** 128, 246; a. M. RJA 7, 67; OLG 40, 35); eine Vormerkung für den Anspruch auf Grund eines Wiederkaufsrechts zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks (RJA 9, 265; KGJ 40 A 128) sowie eine gleiche Vormerkung zugunsten des jeweiligen Besitzers eines Familienfideikommisses (KGJ 53, 154). Solche Vormerkungen fallen aber nicht unter § 8 GBO (JFG 9, 207). Dagegen ist die Eintragung einer Vormerkung mit der Maßgabe, daß

der gesicherte Anspruch auch dem Rechtsnachfolger des eingetragenen Anspruchsberechtigten zustehen soll, als gegenstandslos unzulässig, da die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des Anspruchs sich nach Schuldrecht bestimmt und daher ein Vermerk dieser Art nicht in das Grundbuch gehört (OLG 10, 433, auch RJA 7, 145). Wegen der Löschungsvormerkung für den jeweiligen Inhaber einer nachstehenden Hypothek: § 1179 A 3.

Der Anspruch muß **rechtsbeständig** sein (RG 67, 48; Warn 1928 Nr 128; Gruch 67, 80). Die Vormerkung kann ihn weder schaffen noch erweitern (RG 139, 356). Die Vormerkung ist nichtig, wenn der Anspruch von vornherein nicht rechtsbeständig ist (z. B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten: KGJ 42, 212; bei Anfechtung wegen arglistiger Täuschung; wenn im Falle eines Anspruchs aus einem Kaufvorvertrage dieser nicht den für einen solchen Vorvertrag erforderlichen Inhalt hat: RG 124, 84; bei einem Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück wegen Mangels der für die Übernahme der Verpflichtung im § 313 vorgeschriebenen Form: OLG 26, 5). Die Vormerkung verliert ihre Wirksamkeit, wenn der Anspruch nachträglich (z. B. durch Erfüllung, Erlaß, Eintritt auflösender Bedingung, Vereinigung von Forderung und Schuld) erloschen ist (JW 1922, 1349 [7]; RG 113, 405, wo bei einer Auflassungsvormerkung für den Grundstückskäufer dessen gesicherter Anspruch durch Erteilung der Auflassung und Stellung des Antrags auf Umschreibung des Eigentums noch nicht für erfüllt erachtet ist, wenn der Umschreibung Hindernisse entgegenstehen, z. B. wenn der Verkäufer nicht oder nicht mehr als Eigentümer eingetragen ist). Dies gilt, gleichviel ob die Vormerkung auf Grund einer Bewilligung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils gemäß § 895 ZPO oder einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist (RG 65, 261; 77, 404; 81, 288; Warn 1910 Nr 239; KGJ 32 B 16; 43, 213; RJA 11, 61; 12, 74; OLG 6, 124; 14, 70). Der von der unwirksamen Vormerkung Betroffene kann auf Beseitigung ihrer Eintragung klagen (§ 886 A 2). Der Beseitigungsanspruch besteht bei einer auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung auch dann, wenn die Verfügung noch nicht aufgehoben ist (§ 885 A 1). Einen zweiten Weg zur Löschung der unwirksamen Vormerkung eröffnet in diesem Falle § 25 GBO (RG HRR 1932 Nr 1837). Im übrigen kann auch formellrechtlich die Löschung (abgesehen von der Bewilligung des Vormerkungsberechtigten gemäß §§ 19, 29 GBO) durch den Nachweis des Nichtbestehens des Anspruchs gemäß § 22 GBO herbeigeführt werden. Denn diese Vorschrift betrifft zwar an sich nur dingliche Rechte, ist aber auf die schwächere Vormerkungsberechtigung entsprechend anzuwenden (KGJ 32 B 18; 40 B 354; 43, 213; 52, 164; RJA 11, 60). Der schuldrechtliche Vertrag, der dem Anspruch auf Bewirkung der Rechtsänderung zugrunde liegt, bedarf regelmäßig keiner Form (§ 873 A 7 c). Eine Ausnahme bildet aber z. B. nach § 313 Satz 1 der einen Anspruch auf Auflassung begründende Vertrag; der Mangel der dort vorgeschriebenen Form wird durch Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht gemäß § 313 Satz 2 geheilt (RG 54, 76; 55, 343; 67, 48; OLG 26, 5). — Nach § 77 des Reichsversorgungsgesetzes v. 22. 12. 1927 kann angeordnet werden, daß die Veräußerung und Belastung des mit der Kapitalabfindung erworbenen Grundstücks innerhalb (höchstens) 5 Jahren nur mit Genehmigung des Hauptversorgungsamts zulässig ist. Diese Anordnung wird mit der Eintragung im Grundbuch wirksam. Nach ihrer Eintragung ist auch eine Vormerkung auf Einräumung einer Hypothek nur mit Genehmigung der genannten Behörde eintragungsfähig, mag es sich auch um eine durch einstweilige Verfügung angeordnete Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek für Forderungen aus der Bebauung des Grundstücks des Versorgungsempfängers im Sinne des § 648 handeln (RG 134, 182).

Der **Rechtsgrund** für den Anspruch kann nicht nur ein Vertrag, sondern auch ein einseitiges Rechtsgeschäft (z. B. ein Vermächtnis: § 2174; RG Warn 1914 Nr 50; OLG 8, 106) sein oder sich aus besonderer Gesetzesvorschrift ergeben. Ein solcher gesetzlicher vormerkungsfähiger Anspruch ist z. B.: der Wandlungsanspruch (§ 462) auf Rückgewähr eines verkauften Grundstücks; der Anspruch des Bauunternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek (§ 648; OLG 7, 367); der Anspruch des Nacherben nach dem Eintritt der Nacherbfolge auf Herausgabe der Erbschaft (§ 2130). Auch auf ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.) kann ein vormerkungsfähiger Anspruch (z. B. auf Auflassung, auf Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück) gegründet sein. Wenn jedoch das Gesetz ein dingliches Recht selbst, nicht bloß einen Anspruch auf Einräumung eines Rechts am Grundstück gewährt, dient als Schutzmittel nicht die Vormerkung, sondern der Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (A 1). Das gilt z. B. beim Erwerb: des Nießbrauchs an einem Grundstück im Falle des § 1075 Abs 1; einer Sicherungshypothek nach Maßgabe des § 1287. Das Recht auf die Überbau- und die Notwegrente, das kraft Gesetzes entsteht (§§ 914, 917 Abs 2), wird nicht eingetragen (§ 914 A 3) und kann daher auch nicht vorgemerkt werden. Wenn aber durch Vertrag auf das Recht verzichtet oder die Höhe der Rente festgestellt wird, kann der aus dem Vertrag sich ergebende Anspruch auf Eintragung des Verzichts oder der Höhe der festgesetzten Rente durch Vormerkung gesichert werden (§ 914 A 4, 5). — Neben dem Gegenstand des Anspruchs muß bei der Eintragung der Rechtsgrund (Eintragungsbewilligung oder einstweilige Verfügung: § 885 Abs 1) angegeben werden, damit erkennbar ist, welcher von mehreren auf denselben Gegenstand gerichteten Ansprüchen der durch die Vormerkung gesicherte ist (§ 885 A 3, wo aber auch bemerkt ist, daß wegen Fehlens des Rechtsgrundes die Eintragung nicht nichtig

ist, wenn die Identität des Anspruchs anderweit festgestellt werden kann). — Die nicht auf Parteibetrieb, sondern von Amts wegen einzutragenden **Vormerkungen nach §§ 18 Abs 2, 76 GBO** folgen ihren eigenen Regeln (§ 892 A 6 „Eingangsregister"). Die Vorschriften der §§ 883ff. sind auf sie nicht anwendbar. Sie dienen insbesondere nicht zur Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche, sondern zur Sicherung von Rechten, zu deren Dinglichkeit, abgesehen von den diese Vormerkungen veranlassenden Hindernissen, nur noch die Eintragung fehlt (RG 55, 342; 62, 377; 110, 207; KGJ 53, 111; JFG 1, 308; OLG 25, 389; 42, 158; RJA 10, 233; 13, 247). — Wegen der Vormerkungen über die Einleitung eines Enteignungsverfahrens nach § 24 Abs 4 des Pr EnteignG v. 11. 6. 74 und § 6 PrAG.RSiedlG v. 15. 12. 1919 vgl. KGJ 35 A 261; 40 A 130; 50, 174; OLG 44, 157. Sie sind keine Vormerkungen im Sinne des § 883, sondern nur tatsächliche Kundmachungsvermerke, welche die Verfügungsmacht am Grundstück nicht beschränken (OLG 44, 157).

3. Vormerkungsfähige Ansprüche **auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke** sind z. B.: die in A 2 bezeichneten Ansprüche auf Auflassung aus vereinbarter Abtretung von Grundeigentum zum Straßenlande oder aus der in einem Pachtvertrag getroffenen Vereinbarung auf Übertragung des Pachtgrundstücks nach Beendigung der Pacht; der Anspruch auf Einräumung einer Hypothek, der aber nach § 1115 Abs 1 auf einen bestimmten Betrag gerichtet sein muß (OLG 3, 3); der Anspruch des Unternehmers eines Bauwerks auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 (OLG 26, 10); der Anspruch desjenigen, für den zwar eine Briefhypothek eingetragen ist, der aber den Brief noch nicht erhalten hat, auf Erwerb der Hypothek (durch Übergabe des Briefes) gemäß §§ 1117, 1163 Abs 2, 1177 Abs 1 (OLG 7, 369). Der Anspruch eines Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer darauf, daß er nicht in die Umwandlung einer voreingetragenen Hypothekvormerkung in eine endgültige Hypothek willige, kann nicht vorgemerkt werden. Denn die Bewilligung zur Umwandlung ist eine Verfügung, und die Beschränkung des Eigentümers in der Befugnis zur Verfügung kann nach § 137 überhaupt nicht (Vorbem 2 vor § 873) eingetragen werden (OLG 6, 123). — Für eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung eines Grundstücksteils genügt es, daß der Teil bestimmbar ist (RG Gruch 58, 1016). Ist aber die Bezeichnung des Teiles derart unvollkommen, daß er weder aus dem Eintragungsvermerk noch aus der gemäß § 885 Abs 2 in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung bestimmbar ist (s. den Fall in § 885 A 2), so ist die Vormerkung nichtig (RG Gruch 62, 117).

4. **Auf Aufhebung eines belastenden Rechtes** ist gerichtet z. B.: der Anspruch des Eigentümers gegen einen Hypothekengläubiger auf Entlassung eines Grundstücksteils aus der Mithaft für eine Hypothek, da durch die Entlassung die Hypothek teilweise aufgehoben wird (KGJ 23 A 154; 33 A 259); der Anspruch des Begründers eines Erbbaurechts aus der vom Berechtigten übernommenen Verpflichtung, das Recht aufzugeben, wenn er es veräußert (OLG 18, 145). Vgl. auch die Sonderbestimmung des § 1179 (A 2 und OLG 6, 124).

5. **Ein Recht an einer Grundstücksbelastung** ist Gegenstand des Anspruchs auf Einräumung z. B.: wenn gegenüber dem Gläubiger einer Hypothek unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf Übertragung der Hypothek (KGJ 25 A 167) oder auf Bestellung eines Pfandrechts daran besteht (KGJ 33 A 280; OLG 26, 197). Vgl. aber A 2 „Anspruch gegen den Betroffenen".

6. Vormerkungsfähige Ansprüche **auf Änderung des Inhalts eines Rechtes** sind z. B.: der Anspruch auf Erweiterung einer Grunddienstbarkeit; der Anspruch auf Änderung der Zahlungsbedingungen bei einer Hypothek; der Anspruch des Gläubigers einer Höchstbetragshypothek gegen den Eigentümer auf Umwandlung der Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek zu einem bestimmten Betrage mit der Klausel aus § 800 ZPO, daß die sofortige Zwangsvollstreckung zulässig sei (OLG 13, 196; 14, 135; RJA 2, 38); der Anspruch gegen den Eigentümer auf Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für einen neuen Gläubiger (KGJ 25 A 166). Jedoch ist im letzteren Falle die Vormerkung nur dann zulässig, wenn der Eigentümer die Eigentümergrundschuld bereits erlangt hat (A 2 „Anspruch gegen den Betroffenen").

7. Die **Änderung des Ranges** ist Gegenstand eines vormerkungsfähigen Anspruchs z. B.: wenn gegen den Gläubiger einer Hypothek der Anspruch des Eigentümers auf Einräumung des Vorrangs für eine später einzutragende Hypothek besteht (RJA 7, 62; KGJ 46, 202). Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek an erster Stelle ist nicht deshalb unzulässig, weil andere Rechte voreingetragen stehen. Denn der verpflichtete Eigentümer kann den Anspruch dadurch erfüllen, daß er die vorgehenden Rechte löschen läßt oder Rangänderungen herbeiführt (OLG 42, 274).

8. Das **Wesen der Vormerkung** besteht darin, daß durch sie einem an sich persönlichen Anspruch, der die Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks zum Gegenstande hat, Wirkungen beigelegt werden, die denen eines dinglichen Rechts ähnlich sind. Zugleich hat sie die Kraft eines Veräußerungsverbots von besonderer Art, schränkt die Möglichkeit, frei zu verfügen, tatsächlich ein und sichert so die Erfüllung des Anspruchs (str.; Prot 3 S. 112, 740ff.; RJA 4, 67; KGJ 21 A 289; 28 A 54; 29 A 171; 31 A 325; 40 A 124; OLG 4, 237; 14, 69; 39, 210). Ihre Aufgabe ist nach der negativen Seite, den Erwerb eines dem gesicherten Anspruch entgegenstehenden Rechts

zu hindern (§ 883 Abs 2), und nach der positiven Seite (§ 883 Abs 1, 3), die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs in die Wege zu leiten, ihm den Rang des Rechts zu wahren, die künftige Eintragung vorzubereiten (RG 113, 409; 116, 239). Die wesentliche Grundlage und zugleich der hauptsächlichste Inhalt der Vormerkung ist der gesicherte persönliche Anspruch. Besteht der Anspruch nicht, so ist auch die Vormerkung hinfällig (A 2 „rechtsbeständig"). Daß der Anspruch auch den hauptsächlichsten Inhalt der Vormerkung bildet, ergibt sich besonders daraus, daß nach § 883 Abs 1 Satz 1 Zweck der Vormerkung die Sicherung der dort bezeichneten Ansprüche ist, daß nach § 886 auf Grund von Einreden gegen den Anspruch die Beseitigung der Vormerkung verlangt werden kann und daß nach § 888 Abs 1 auch im Falle des Erwerbs eines entgegenstehenden Rechts durch einen Dritten der vorgemerkte Anspruch an sich immer noch gegen den ursprünglich Verpflichteten geltend gemacht werden muß und von dem Dritten lediglich die Zustimmung zur Verwirklichung des Anspruchs verlangt werden kann. Daß anderseits dem Anspruch durch die Vormerkung ein Veräußerungsverbot besonderer Art mit tatsächlicher Einschränkung der Möglichkeit freier Verfügung beigegeben wird (nicht eine rechtliche Verfügungsbeschränkung), folgt besonders aus § 883 Abs 2, wonach eine Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, und aus § 888 Abs 1, 2, wonach im Falle des Erwerbs eines entgegenstehenden Rechts ein den Anspruch sicherndes Veräußerungsverbot der Vormerkung gleichgestellt ist hinsichtlich der Verpflichtung des dritten Erwerbers, seine Zustimmung zur Verwirklichung des Anspruchs zu erteilen (Weiteres hierüber A 11). Die in gewisser Beziehung einer dinglichen ähnliche Wirkung zeigt sich besonders: in § 884, wonach sich der Erbe des Verpflichteten gegenüber dem gesicherten Anspruch nicht auf die Beschränkung der Haftung berufen kann; in § 439 Abs 2, wonach beim Kauf für die Beseitigung von Mängeln im Recht die Vormerkung den hypothekarischen Rechten und dem Pfandrecht gleichgestellt ist; in § 1098, wonach das dingliche Vorkaufsrecht in der Wirkung gegenüber Dritten der Vormerkung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums gleichgestellt ist; in §§ 1971, 1974 Abs 3, 2016, wonach der Vormerkungsgläubiger für das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und für die dem Erben zustehenden aufschiebenden Einreden den Pfandgläubigern gleichgestellt ist; ferner in §§ 24, 47 KO, wonach der Gläubiger eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen kann und ein Recht auf Absonderung hat; in § 193 KO, wonach die Rechte aus einer Vormerkung durch einen Zwangsvergleich unberührt bleiben; in § 48 ZVG, wonach Rechte, die durch Vormerkung gesichert sind, bei Feststellung des geringsten Gebots wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen sind. Der Schutz, den die Vormerkung dem Anspruch gegen Hindernisse gewährt, die sich seiner Erfüllung entgegensetzen, ergibt sich hieraus von selbst. Außerdem bestimmt § 883 Abs 3, daß das Recht, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, den Rang der Vormerkung erhält. Danach ist die Vormerkung zwar kein dingliches Recht an einem Grundstück oder an einem ein Grundstück belastenden Rechte und keine dingliche Belastung im eigentlichen Sinne (str.; RG 65, 261; 81, 288; 83, 437; 116, 239; 129, 185 nebst Zitaten; Warn 1911 Nr 184; RJA 4, 67; KGJ 21 A 289; 31 A 325; 39 A 200; 40 A 125; 50, 173; OLG 14, 69; 20, 419). Sie ist aber auch nicht ein ausschließlich auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse liegendes Rechtsgebilde. Vielmehr ist sie ein besonders geartetes Sicherungsmittel, das dem geschützten Recht in gewissem Umfange dingliche Wirkungen verleiht (RG 113, 409; 124, 202; 129, 186) und deshalb als eine Belastung im weiteren Sinne erscheint (RG 134, 182). Man kann sie also als ein teils dem Recht der Schuldverhältnisse, teils dem Sachenrecht angehörendes Rechtsverhältnis bezeichnen. Überwiegend weist ihre rechtliche Natur aber in die erstere Richtung. Sie untersteht daher im allgemeinen dem Recht der Schuldverhältnisse (RJA 7, 143; 9, 272). Nur soweit das Gesetz sie durch besondere Bestimmungen in einzelnen Beziehungen einem dinglichen Rechte gleichstellt, finden die entsprechenden Vorschriften aus dem Gebiet des Sachenrechts Anwendung. Hierzu ist auch zu bemerken, daß eine Auflassungsvormerkung bei einem der Form des § 313 Satz 1 ermangelnden Vertrag nicht die heilende Wirkung der Auflassung nach § 313 Satz 2 hat (RG Warn 1928 Nr 128).

Ausgeschlossen ist daher bei der **Begründung** der Vormerkung die Anwendung des § 873. In dieser Hinsicht trifft § 885 besondere Bestimmung. Vgl. hierüber § 885 A 1, 2, 3. Bei der **Aufhebung** sind die §§ 875, 876 nicht anwendbar (str.). Da eine besondere Bestimmung für die Aufhebung nicht gegeben ist, sind die §§ 362ff. über das Erlöschen der Schuldverhältnisse anzuwenden. Doch wird zur Aufhebung nicht ein Erlaßvertrag (§ 397) zu fordern, sondern eine einseitige Erklärung des Vormerkungsberechtigten gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten für genügend zu erachten sein, weil eine solche Erklärung zur Aufgabe eines Rechts nach § 875 genügt und die Vormerkung nur eine mindere Befugnis gewährt. Anderseits ist anzunehmen, daß das Erlöschen schon mit der Verzichtserklärung eintritt, daß es dazu also der Löschung der Vormerkung nicht bedarf (str.). Auf Grund des Erlöschens kann aber die Beseitigung der tatsächlich beeinträchtigenden Vormerkungseintragung verlangt werden (§ 886 A 2). Über Erlöschen der Vormerkung infolge Aufhebung der zugrunde liegenden einstweiligen Verfügung vgl. oben A 2 „rechtsbeständig" und § 885 A 1. Wird die Vormerkung gelöscht, so erlischt sie (vgl. das Nähere in § 886 A 3; § 894 A 1 Abs 2). Ist der vorgemerkte Anspruch er-

löschen, so ist auch die Vormerkung hinfällig geworden (A 2 „rechtsbeständig"). Dies gilt auch, wenn Schuld und Anspruch sich in einer Person vereinigen, da der Anspruch dadurch erlischt und damit auch die Vormerkung (str.; OLG 6, 124). Auch in diesen Fällen kann Beseitigung der Vormerkungseintragung verlangt werden (vgl. das Nähere in § 886 A 2, 3). Daraus folgt zugleich, daß § 889 auf die Vormerkung keine Anwendung findet. Jedoch wird die Vormerkung dadurch, daß der vorgemerkte Anspruch erfüllt, also die Rechtsänderung, deren Herbeiführung gesichert werden sollte, bewirkt wird, dann noch nicht hinfällig und löschungsreif, wenn inzwischen Verfügungen (z. B. im Falle einer Auflassungsvormerkung Hypothekeintragungen) erfolgt sind, die dem Vormerkungsberechtigten gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam sind. Denn dann behält die Vormerkung noch Bedeutung für die Geltendmachung der Unwirksamkeit (**RG** 129, 186; KGJ 50, 173). Im übrigen ist eine Vormerkung, deren Anspruch erfüllt ist (z. B. eine Auflassungsvormerkung nach Erteilung der Auflassung) nicht etwa von Amts wegen zu löschen. Der § 54 Abs 1 Satz 2 GBO greift nicht Platz, da dort eine vom Grundbuch überhaupt ausgeschlossene Eintragung vorausgesetzt wird. Die Löschung hat, da durch die Erledigung der Vormerkung das Grundbuch unrichtig geworden ist, im Wege des Berichtigungsverfahrens nach §§ 13, 22 GBO nur auf Antrag zu erfolgen (KGJ 52, 231).

Bei der **Vormerkung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek** sind die Sondervorschriften der §§ 1163, 1177 über Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümerhypothek nicht anwendbar, wenn der vorgemerkte Anspruch nicht zur Entstehung gelangt ist oder erlischt. Vielmehr besteht dann auch die Vormerkung nicht (**RG** 65, 261; OLG 45, 307). Die sonstigen Vorschriften über die Eigentümerhypothek (§§ 1143, 1168, 1170, 1171, 1172, 1173, 1175) sind auf die Hypothekvormerkung nicht anzuwenden, weil diese kein hypothekarisches Recht ist und das Gesetz die für die Hypothek geltenden Vorschriften auf die Vormerkung nicht für anwendbar erklärt hat (**RG** 65, 260; RJA 3, 158; OLG 6, 124; 11, 121; 14, 69; 20, 419). Aus demselben Grunde ist auch die Vorschrift des § 1179 über Eintragung einer Löschungsvormerkung bei einer Hypothek auf die Hypothekvormerkung nicht anwendbar (str.; OLG 6, 123). Ferner kann bei der Eintragung der (endgültigen) Hypothek nicht gemäß § 1180 an die Stelle des vorgemerkten Anspruchs eine andere Forderung gesetzt werden (OLG 20, 419). Dem Vormerkungsgläubiger steht auch nicht die dingliche Klage oder die Gefährdungsklage des Hypothekengläubigers nach § 1133 zu. Er hat nur die persönliche Klage gegen den schuldrechtlich Verpflichteten, insbesondere auf Einräumung der Hypothek (OLG 4, 237). Auch durch Beibringung eines rechtskräftigen Urteils gegen den persönlichen Schuldner des vorgemerkten Anspruchs wird die dingliche Klage noch nicht gerechtfertigt. Vielmehr erlangt der Gläubiger das Recht zur hypothekarischen Klage erst durch die Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek auf Grund des Urteils; denn erst damit entsteht nach § 873 die Hypothek (str.). Gegen Gefährdungen im Sinne der §§ 1133—1135 kann sich der Vormerkungsgläubiger nur durch Ausbringung von einstweiligen Verfügungen schützen.

Die **Übertragung** des vorgemerkten Anspruchs bestimmt sich mangels anderer Vorschriften nach §§ 398ff., da durch Hinzutreten der Vormerkungseintragung der Anspruch zwar zu einem besonders gearteten Rechtsverhältnisse geworden, der Anspruch als solcher aber der Hauptteil dieses Rechtsverhältnisses geblieben ist (OLG 10, 434; 42, 275; RJA 7, 68; 7, 145). Bei einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf ein persönliches Vorkaufsrecht (A 10) ist zu beachten, daß nach § 514 das persönliche Vorkaufsrecht nicht übertragbar ist, wenn nicht ein anderes bestimmt ist (OLG 42, 275). Einer Form bedarf die Übertragung nicht; ebensowenig ist die Eintragung erforderlich. Da aber die Begründung der Vormerkung eingetragen wird, ist auch die Eintragung des Wechsels des aus der Vormerkung Berechtigten zulässig. Die Übertragbarkeit richtet sich danach, ob der Anspruch übertragbar ist. Für sich allein kann das Vorgemerkte nicht übertragen werden, da es ein unselbständiger Teil des Rechtsverhältnisses ist (OLG 10, 434; RJA 7, 145). Mit der Übertragung des Anspruchs geht, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, die Vormerkung ohne weiteres mit über, weil sie ein Nebenrecht im Sinne des § 401 ist (**RG** Warn 1927 Nr 92; KGJ 43, 209; vgl. **RG** 52, 11; 60, 371; 65, 169; 83, 438). Soll sie nicht mitübertragen werden, so erlischt sie, da sie ohne einen Anspruch des Vormerkungsberechtigten nicht bestehen kann.

Die **Vermutung für die Richtigkeit** aus § 891 steht der Vormerkung nicht zur Seite, da sie kein „Recht" im Sinne dieser Vorschrift ist. Die Vormerkungseintragung begründet nur als öffentliche Beurkundung nach § 418 Abs 1 ZPO einen Beweis dafür, daß die Vormerkung unter den gesetzlichen Voraussetzungen (§ 885) eingetragen worden ist und den aus dem Eintragungsvermerk ersichtlichen Inhalt und Umfang hat (§ 891 A 3 a. E.). Für das Bestehen des gesicherten Anspruchs aber liefert die Eintragung einen solchen Beweis nicht, da das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über das Bestehen des lediglich schuldrechtlichen Anspruchs Auskunft zu geben. Was der Vormerkungsgläubiger durch die Eintragung der Vormerkung erlangt hat, steht auch nicht unter dem Schutz des **öffentlichen Glaubens des Grundbuchs.** Zunächst könnte ein rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 1 nur in dem Falle der Eintragung einer Vormerkung auf Grund einer Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten in Frage

kommen, aber nicht dann, wenn die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden ist. Sodann ist aber die unmittelbare Anwendung des § 892 überhaupt deswegen ausgeschlossen, weil der Gläubiger durch die Eintragung der Vormerkung nicht ein Recht am Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte erlangt (RG 116, 238; 118, 233; 120, 13; 124, 202; RG Warn 1911 Nr 184; 1928 Nr 106; RJA 4, 67; JFG 2, 410). Auch derjenige, der den vorgemerkten Anspruch durch Übertragung erwirbt, muß sich ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben alle Einreden entgegenhalten lassen, die dem ursprünglichen Gläubiger entgegenstanden. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein vorgemerkter Anspruch auf Hypothekeneinräumung abgetreten ist; die nur für Hypotheken geltende Vorschrift des § 1138 findet auf die Hypothekenvormerkung keine Anwendung. Was jedoch die Anwendbarkeit des § 893 Halbs 2 anlangt, so scheidet zwar auch hier die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragene Vormerkung von vornherein aus, weil sie nicht auf Rechtsgeschäft beruht. Streitig aber ist, ob der eingetragene Berechtigte, der in Ansehung dieses Rechts eine Vormerkung für einen andern bewilligt (z. B. der Bucheigentümer eine Auflassungsvormerkung für den Erwerber), dadurch im Sinne des § 893 Halbs 2 ein Rechtsgeschäft vornimmt, das eine Verfügung über das Recht enthält. In den früheren Auflagen wurde dies verneint mit der Begründung: Die Bewilligung der Vormerkung enthalte keine Verfügung über das Recht; denn durch die Vormerkung werde eine unmittelbare Rechtsänderung nicht herbeigeführt, sondern der Eintritt einer Rechtsänderung nur vorbereitet und nach gewissen Richtungen hin gesichert; als Gegengrund könne nicht angeführt werden, daß, wenn nach § 883 Abs 2 eine der Vormerkung entgegenstehende Verfügung insoweit unwirksam sei, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, auch eine nach der Vormerkung eingetragene andere Vormerkung entsprechend unwirksam werden und daher die Vormerkung ebenfalls eine Verfügung sein müsse; wenn nach der genannten Vorschrift eine Verfügung gegenüber der Vormerkung unwirksam sei, müsse es erst recht auch die Vorbereitung einer Verfügung sein, und deshalb sei allerdings auch die spätere Vormerkung unwirksam; daraus folge aber nicht, daß die bewilligte Eintragung einer Vormerkung eine Verfügung sei. Dagegen erachtet die herrschende Meinung (JFG 2, 409; JW 1925, 1415[1]; 1926, 2870[1]) und nun auch die feste Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG 116, 241; 118, 234; 120, 14; 121, 46) die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung in Ansehung eines eingetragenen Rechts als Verfügung über das Recht, wenn die Vormerkung eingetragen wird. S. hierüber das Nähere in § 893 A 4. Die Vorschrift des § 893 Halbs 1 aber ist keinesfalls auf eine Vormerkung anwendbar. Ist z. B. versehentlich ein anderer als der wirklich Berechtigte im Grundbuch als Vormerkungsberechtigter eingetragen, so wird derjenige, der den vorgemerkten Anspruch an den als Berechtigten Eingetragenen erfüllt, nicht befreit, auch wenn er sich in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs befunden hat. Mit der Frage, ob sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf den vorgemerkten Anspruch erstreckt, steht die Frage im Zusammenhang, ob **gegen eine Vormerkung ein Widerspruch** (§§ 894, 899) eingetragen werden kann. Dies ist zu verneinen (str.; § 899 A 1; KGJ 20 A 219; 21 A 148; 21 A 286; 26 A 77; 46, 205; RJA 4, 48; 12, 75; OLG 2, 243). Denn der Widerspruch richtet sich gegen ein Recht an einem Grundstück oder gegen ein Recht an einem solchen Rechte; er dient als vorläufige Eintragung zum Schutze gegen einen Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Die Vormerkung ist aber weder ein Recht noch unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gestellt. Sie ist daher auch keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs 2 GBO, so daß eine Beschwerde gegen ihre Einschreibung zulässig ist (RJA 4, 48; 4, 66; KGJ 31 A 325). Über die Frage, welche Bedeutung einem von Amts wegen gegen die zu Unrecht erfolgte Löschung einer Vormerkung eingetragenen Widerspruch beizumessen ist, vgl. § 886 A 3 Abs 2.

Die **Wirkungen** der Vormerkung sind die im § 883 Abs 2, 3 und im § 888 Abs 1 bestimmten. Vgl. hierüber die A 11, 12, 13 hier und § 888 A 1, 2.

Das Vorgemerkte unterliegt der **Verjährung.** Die Vorschrift des § 902 findet auf Vormerkungen keine Anwendung, da sie keine Rechte am Grundstück sind (§ 902 A 1). Ist der Anspruch, der trotz der Vormerkung ein rein persönlicher bleibt, nach §§ 194 ff. verjährt, so ist die Vormerkung erloschen (Prot 3 S. 118, 751). Die Verjährung des Anspruchs wird durch die Eintragung einer Vormerkung nicht unterbrochen, da die §§ 208, 209 eine solche Unterbrechung nicht kennen, der sich nur auf Hypotheken beziehende § 223 für eine Hypothekvormerkung nicht in Betracht kommt, maßgebend vielmehr § 886 ist (RG JW 08, 235[6], auch RG 81, 288). Die Verjährungsfrist für den Anspruch beträgt nach § 195 dreißig Jahre, und zwar auch dann, wenn für eine der kurzen Verjährung nach § 196 unterliegende Forderung Hypothek bestellt werden soll. Denn es handelt sich hier nicht um die Verjährung der Forderung, sondern um die Verjährung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek.

Für die Übergangszeit vgl. Art 192 EG; RG 49, 106; 52, 40; KGJ 22 A 178; OLG 4, 197; 6, 404.

9. Die Vormerkung tritt in Wirkung erst mit der **Eintragung in das Grundbuch** (RG 116, 240). Vorher besteht sie auch dann nicht, wenn die Eintragung bewilligt oder eine einstweilige Verfügung auf ihre Eintragung erlassen ist. Selbst wenn diese Tatsachen den Be-

teiligten bekannt sind, ist weder der Eigentümer (Berechtigte) in der Verfügung über sein Grundstück (Recht) beschränkt noch der Erwerb eines Rechtes seitens eines Dritten gehindert (RG 73, 53). Die Eintragung muß so bewirkt werden, daß sich die Art und der Umfang des gesicherten Anspruchs aus dem Eintragungsvermerk oder der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (einstweiligen Verfügung) für jeden Dritten erkennbar ergibt. Ist der Anspruch in geringerem Umfang eingetragen, als er in Wirklichkeit zwischen dem Vormerkungsberechtigten und dem Vormerkungsverpflichteten besteht, so fehlen der Vormerkung für den weiteren Umfang des Anspruchs die Sicherungswirkungen der §§ 883 Abs 2, 888 gegenüber dritten rechtsgeschäftlichen Erwerbern selbst dann, wenn die Erwerber das Bestehen des Anspruchs in weiterem Umfang gekannt haben (RG Warn 1914 Nr 321). Für die Entstehung der Vormerkung ist nicht unbedingt erforderlich, daß in den Eintragungsvermerk das Wort „Vormerkung" aufgenommen wird; es genügt, wenn nach dem ganzen Inhalt des Vermerks kein Zweifel darüber besteht, daß ein Anspruch vorgemerkt werden sollte (RG 82, 24; JW 91, 131[8]; Gruch 67, 80; RJA 7, 66). Dies kann auch dann gelten, wenn irrtümlich statt „Vormerkung" das Wort „Widerspruch" gebraucht worden ist (RG 55, 343). Über die Zulässigkeit der Bezugnahme auf die Grundlagen der Eintragung vgl. § 885 Abs 2 und A 3 dort. Betrifft die Vormerkung (z. B. zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung) nur einen Grundstücksteil, so bedarf es zur Eintragung nicht der Abschreibung des Teiles nach § 6 Satz 1 GBO, da die Vormerkungseintragung keine Belastung mit einem Rechte ist (KGJ 20 A 77; 29 A 135; RJA 1, 158; vgl. auch RG 55, 273). Bei buchungsfreien Grundstücken bedarf es ebenso wie sonst zur Begründung der Vormerkung der Eintragung in das Grundbuch, das zuvor anzulegen ist (Art 127 EG; Art 27 PrAG; KGJ 26 A 115). Soll bei einer Briefhypothek eine Vormerkung (z. B. zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung) eingetragen werden, so bedarf es nach § 42 GBO der Vorlegung des Hypothekenbriefs. Doch ist bei Nichtbeachtung dieser Ordnungsvorschrift die erfolgte Eintragung nicht unwirksam (RG 73, 52).

10. Die Zulässigkeit der **Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche** ist für die Auflassungsvormerkung von besonderer Bedeutung, weil die Auflassung selbst nach § 925 Abs 2 nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen kann. Soll die Eigentumsübertragung gleichwohl eine bedingte oder betagte sein, so kann die Sicherung für den Fall des Eintritts der Bedingung oder des Anfangs- oder Endtermins durch eine Auflassungsvormerkung herbeigeführt werden. Wenn z. B. die Eigentumsübertragung durch Zahlung eines Kaufpreisteils aufschiebend bedingt sein soll, so kann für den Käufer eine Vormerkung dahin eingetragen werden, daß dem Verkäufer die Verpflichtung zur Auflassung obliegt, falls er die Bedingung erfüllt. Wenn die Eigentumsübertragung durch Zahlung des Kaufpreises zu einem bestimmten Termin auflösend bedingt sein soll, so kann unter unbedingter Erteilung der Auflassung eine Vormerkung für den Verkäufer dahin eingetragen werden, daß der Käufer zur Rückauflassung verpflichtet ist, wenn die Zahlung des Kaufpreises nicht erfolgt. Ein bedingter Anspruch auf Auflassung, der durch Vormerkung gesichert werden kann, liegt auch dann vor, wenn Gegenstand des Anspruchs ein Grundstücksteil ist und die Bestimmung des Umfangs des Teiles noch von der Entschließung einer Behörde (z. B. wegen Anschlusses an eine Staatsbahn) abhängt (RG Gruch 58, 1017). Dasselbe gilt, wenn der den Anspruch begründende Kaufvertrag (z. B. nach der Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. 3. 18) noch behördlicher Genehmigung bedarf und daher bis zur Erteilung dieser Genehmigung ein Schwebezustand besteht (RG 108, 94). Im übrigen sind vormerkungsfähige bedingte Ansprüche z. B.: der Anspruch gegen einen Hypothekengläubiger auf Entpfändung eines Grundstücksteils unter einer Bedingung (KGJ 23 A 152); der Anspruch einer Gemeinde auf Abtretung von Grundeigentum zu Straßenland gegen festgesetzte Entschädigung für den Fall der Anlage der Straße (KGJ 25 A 147); der Anspruch des Eigentümers auf Aufhebung des Erbbaurechts für den Fall, daß das Recht ohne seine Genehmigung veräußert oder der Erbbauzins nicht pünktlich gezahlt werden sollte (RJA 9, 271). Auch ein Anspruch, der sich aus der Begründung eines persönlichen Vorkaufsrechts (§§ 504ff.), aus der Festsetzung eines Wiederkaufsrechts in einem Kaufvertrage (§§ 497ff.) und aus der Vereinbarung eines Ankaufsrechts ergibt, kann durch Vormerkung gesichert werden, und zwar schon, bevor die Erklärung abgegeben worden ist, daß das Vorkaufsrecht, das Wiederkaufsrecht oder das Ankaufsrecht ausgeübt werde. Denn beim Vorkaufsrecht und beim Ankaufsrecht wird bereits durch den Begründungsvertrag, beim Wiederkaufsrecht durch den (ersten) Kaufvertrag die Verpflichtung zur Übertragung oder Rückübertragung des Eigentums unter der Bedingung begründet, daß das gewährte Recht von dem Vorkaufs-, Ankaufs- oder Wiederkaufsberechtigten ausgeübt wird. Diesem steht also, sofern der Begründungsvertrag rechtsbeständig, insbesondere formgerecht geschlossen ist (§ 313; RG 72, 385), ein bedingter Anspruch auf Übertragung oder Rückübertragung des Eigentums zu, der durch Vormerkung gesichert werden kann (str.; RG 67, 48; 69, 282; 72, 392; 104, 123; 125, 247; Warn 1914 Nr 50; Gruch 67, 80; SeuffA 69 Nr 127; KGJ 42, 211; 53, 152; JFG 3, 318; 3, 321; OLG 42, 274; 45 S. 146, 202; RJA 9, 265). Auch ein persönliches Vorkaufsrecht mit festbestimmtem Preise kann durch Vormerkung gesichert werden, obwohl ein dingliches Vorkaufsrecht mit festbestimmtem Preise nicht bestellt werden kann (§ 1098 A 2). Denn beim persönlichen Vorkaufsrecht ist mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit auf dem

Gebiet der Schuldverhältnisse eine Preisfestsetzung zulässig, und auch bei ihm handelt es sich um einen bedingten Anspruch auf Einräumung des Eigentums an dem Grundstück (**RG** Warn 1914 Nr 50; OLG 42, 275). Dasselbe gilt von einer Vormerkung für den Anspruch des Verkäufers auf Rückauflassung, wenn ihm im Kaufvertrag für den Fall des Eintritts einer Bedingung ein Wiederkaufsrecht zu einem bestimmten Preise eingeräumt ist. Diese Vormerkung hat aber nicht die Bedeutung, daß nun das Wiederkaufsrecht gegen jeden weiteren Erwerber des belasteten Grundstücks oder zeitlich unbeschränkt ausgeübt werden könnte. Vielmehr ist allein der ursprüngliche Käufer zur Rückauflassung verpflichtet; wenn nicht ein anderes vereinbart ist, findet die zeitliche Beschränkung nach § 503 statt; weitere Erwerber sind nur gemäß § 888 zur Erteilung der Zustimmung zur Rückauflassung verpflichtet (KGJ 53, 153). Eine Vormerkung für einen bedingten Anspruch ist auch dann nicht unzulässig, wenn der Eintritt der Bedingung im freien Willen des Berechtigten steht, sofern nur die Ausübung des Willens als Verpflichtungsbedingung vertragsmäßig festgesetzt ist (**RG** 67, 45; 69, 283; aber auch OLG 15, 333). — Künftige Ansprüche bilden keine genügende Grundlage für die Vormerkung, wenn für ihre Entstehung nichts weiter besteht als lediglich eine Möglichkeit. Daher sind nicht vormerkungsfähig: ein Anspruch auf Eigentumsübertragung, der erst durch eine in Aussicht stehende Übertragung von dem zur Zeit Berechtigten erworben werden soll (**RG** 74, 158); ein Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks für den (angeblichen) gesetzlichen oder testamentarischen Erben des Eigentümers vor dessen Tode, da vor dem Erbfall keinerlei Rechte des vermeintlichen Erben auf das Grundstück bestehen (KGJ 48, 191); ein Auflassungsanspruch für den (angeblich) in einem Testament des Eigentümers als Vermächtnisnehmer mit dem Grundstück Bedachten, da nur ein zukünftiger und zugleich durch den früheren Tod des Erblassers bedingter, auch von dessen freier Willkür abhängiger Anspruch gegen die künftigen Erben in Betracht kommen kann (KGJ 48, 192). Andrerseits sind aber künftige Ansprüche im Sinne des § 883 Satz 2 nicht bloß bereits entstandene betagte Ansprüche. Vielmehr sind künftige Ansprüche immer dann vormerkungsfähig, wenn bereits ein Rechtsverhältnis als Grundlage für ihre künftige Entstehung geschaffen ist (**RG** Warn 1927 Nr 92; RJA 10, 157; KGJ 40 A 124; OLG 40, 35: künftiger Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück auf Grund eines später rechtzeitig und formgerecht angenommenen Antrags zur Schließung eines Kaufvertrags). Deshalb könnte vielleicht von dem Gesichtspunkt der Sicherung eines künftigen Anspruchs aus z. B. auch vorgemerkt werden ein Anspruch gegen den Eigentümer auf Übertragung einer Hypothek, die er bei Veräußerung des Grundstücks von dem Käufer für das Kaufgeld bestellt erhalten werde (a. M. OLG 15, 334). Der Eintragung dieser Vormerkung steht aber entgegen, daß der Eigentümer nicht gegenwärtiger Inhaber der noch gar nicht bestehenden Hypothek ist (A 2). — Der Anspruch kann auch von einer Gegenleistung abhängig sein (**RG** Gruch 34, 1091; JW 89, 320[61]; 97, 100[66]; OLG 13, 6).

11. Eine den Anspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung ist **unwirksam** nur gegenüber dem durch die Vormerkung Berechtigten. Eine Sperre des Grundbuchs wird durch die Vormerkung nicht herbeigeführt. Der Verpflichtete bleibt zu Verfügungen über sein Recht befugt, auch wenn sie mit dem vorgemerkten Anspruch in Widerspruch stehen (RJA 11, 242). Eine rechtliche Beschränkung der Befugnis zur Verfügung, eine Verfügungsbeschränkung im Sinne der §§ 878, 892 Abs 1 Satz 2 enthält daher die Vormerkung nicht (str.; **RG** 113, 408; RG 11. 4. 31 V 248/30; a. M. KGJ 52 S. 128, 164). Zum Beispiel wird der Eigentümer durch eine Hypothekvormerkung nicht an einer weiteren Belastung des Grundstücks, durch eine Auflassungsvormerkung nicht an einer anderweiten Veräußerung gehindert (**RG** Gruch 48, 934). Die Verfügungen sind auch voll wirksam, wenn die Vormerkung etwa in Wegfall kommt oder der Vormerkungsberechtigte seine Genehmigung dazu erteilt (RJA 8, 157). Das Grundbuchamt darf daher die Entgegennahme und Ausführung von Eintragungsanträgen nicht deshalb ablehnen, weil die beantragten Eintragungen mit einer Vormerkung in Widerstreit treten können (RJA 8, 157; 11, 242). Die Verfügungsfreiheit des Verpflichteten findet aber ihre Grenze darin, daß die Verfügung nicht die Beseitigung der Vormerkung selbst herbeiführen darf. Soweit eine Verfügung mit Notwendigkeit die Aufhebung der Vormerkung zur Folge hat, greift sie unberechtigt in die Rechte des Vormerkungsberechtigten unmittelbar ein. Deshalb ist der Verpflichtete ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten z. B. nicht befugt, ein Recht, auf das die Vormerkung sich richtet, zur Löschung zu bringen. Denn mit der Löschung des Rechts müßte auch die Vormerkung zur Löschung gelangen (str.; JFG 9, 218). Wenn der vorgemerkte Anspruch zur endgültigen Feststellung gebracht wird, sind die nach der Vormerkung erfolgten Eintragungen dem Vormerkungsgläubiger gegenüber insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beschränken. Die Vormerkung bewirkt also insofern eine tatsächliche Beschränkung der Freiheit des Verfügens, als der Verfügende sich vor Augen halten muß, daß seine Verfügung nur dann voll wirksam werden kann, wenn die Vormerkung wegfällt. Diese Wirkung hat die Vormerkung gemein mit einem Veräußerungsverbot zugunsten einer bestimmten Person nach §§ 135, 136. Insoweit steht sie einem solchen Veräußerungsverbot gleich. Im übrigen aber unterscheiden sich beide nach Voraussetzungen und Folgen. Das

Veräußerungsverbot kann auch zum Schutze eines dinglichen Rechts, die Vormerkung nur zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs dienen. Das Veräußerungsverbot ist zwar eintragungsfähig, jedoch nicht eintragungsbedürftig, wirkt vielmehr auch ohne Eintragung, wenigstens gegen jeden, der es kennt (§ 135 Abs 2, § 892 Abs 1 Satz 2); die Vormerkung bedarf zur Wirksamkeit der Eintragung. Das Veräußerungsverbot kann nicht wie die Vormerkung zu einem dinglichen Recht werden, sondern erschöpft sich, abgesehen von dem Anspruch auf Zustimmung nach § 888, in der negativen Wirkung des Nichtdürfens. Ferner bestehen Unterschiede zwischen beiden in ihren Wirkungen gegenüber Zwangsvollstreckungsakten und im Konkurse (A 12, 13). Endlich kann das Veräußerungsverbot nach § 137 Satz 1 nicht durch Rechtsgeschäft (Bewilligung) dinglich wirkend begründet werden. Die Vormerkung ist daher kein Veräußerungsverbot im eigentlichen Sinne. Das ergibt sich übrigens auch schon aus der Fassung des § 888 Abs 2 (**RG** 113, 408; KGJ 40 A 123). Die Vormerkung wirkt nur nach gewissen Richtungen wie ein Veräußerungsverbot. Deshalb kann man sagen, daß ein Veräußerungsverbot besonderer Art mit ihr verbunden ist (A 8). Unzulässig wäre freilich die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der persönlichen Verpflichtung, über ein Recht nicht zu verfügen. Denn hier kommt kein Anspruch in Betracht, dessen Sicherung durch Vormerkung im § 883 Abs 1 zugelassen ist (KGJ 40 A 126). — Vereitelt wird z. B. eine Auflassungsvormerkung durch anderweite Veräußerung (**RG** Warn 1919 Nr 95); beschränkt wird sie z. B. durch Eintragung von Hypotheken (**RG** Gruch 48, 934; KGJ 43, 213; OLG 13, 7). Für die Unwirksamkeit der Verfügung kommt es nicht darauf an, ob derjenige, der durch die Verfügung Rechte erworben hat, in gutem oder in bösem Glauben über das Bestehen der Vormerkung gewesen ist. Auch wenn er geglaubt hat, der vorgemerkte Anspruch bestehe nicht, oder wenn er von der Vormerkungseintragung keine Kenntnis gehabt hat, wirkt gegen ihn allein die Tatsache, daß die Vormerkung im Grundbuch eingetragen steht; er muß die Unwirksamkeit der Verfügung gegen sich gelten lassen (**RG** 93, 118; Gruch 52, 1070; JW 08, 275[11]; Warn 1911 Nr 124, 379). Geschützt ist der Vormerkungsberechtigte jedoch unbedingt nur gegen solche Verfügungen, die von demjenigen ausgehen, gegen den sich der Anspruch richtet, nicht gegen Verfügungen eines anderen, für den nur tatsächlich die Verfügungsmöglichkeit gegeben war. Vgl. hierzu die Ausführungen über die Löschungsvormerkung in § 1179 A 7. Die Wirkung der Vormerkung gegenüber einer den Anspruch vereitelnden oder beeinträchtigenden Verfügung tritt erst dadurch zutage, daß der Vormerkungsberechtigte, dessen vorgemerkter Anspruch festgestellt ist, die Unwirksamkeit der Verfügung geltend macht. Denn die Verfügung ist nicht allgemein (absolut), sondern nur dem Vormerkungsberechtigten gegenüber (relativ) unwirksam. Ein Dritter (z. B. bei Eintragung einer Hypothek nach einer Auflassungsvormerkung ein nachstehender Hypothekengläubiger) ist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit nicht befugt. Noch weniger kann der Verfügende selbst die Unwirksamkeit der Verfügung gegenüber seinem Vertragsgenossen geltend machen (OLG 8, 433). Betrifft die Vormerkung das Grundstück selbst (z. B. Auflassungsvormerkung oder Hypothekvormerkung) und erstreckt sich der vorgemerkte Anspruch auch auf das zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorhandene Zubehör (z. B. nach § 314, wenn der Eigentümer sich zur Veräußerung des Grundstücks oder zu dessen Belastung mit einer Hypothek verpflichtet hat), so untersteht auch das Zubehör dem Schutze des § 883 Abs 2. Dann sind Verfügungen des Eigentümers über das Zubehör, die den Gegenstand des Anspruchs ergreifen und dadurch den Anspruch vereiteln oder beschränken, ebenso unwirksam wie Verfügungen über das Grundstück (Prot 3, 747). Ist die Vormerkung zwar auf dem Blatte des ganzen ungeteilten Grundstücks eingetragen, nach dem Inhalt des Eintragungsvermerks aber nur auf einen Teil des Grundstücks beschränkt, so erstreckt sich ihre Wirksamkeit nur auf diesen Teil (**RG** 55, 273; vgl. A 9). — Über den Begriff der Verfügung: § 873 A 8, § 893 A 4. Dort ist dargelegt, daß an sich zwar schon die dingliche Einigung über eine Rechtsänderung für sich allein eine rechtsgeschäftliche Verfügung ist, obwohl zur Vollendung der Rechtsänderung noch ein weiterer Tatumstand, nämlich die Eintragung, hinzutreten muß. Hier ist aber zu beachten, daß § 883 Abs 2 eine Verfügung voraussetzt, die geeignet ist, den vorgemerkten Anspruch zu vereiteln oder zu beeinträchtigen. Die dingliche Einigung für sich allein hat diese Wirkung nicht; erst die durch Hinzutritt der Eintragung vollendete Rechtsänderung könnte den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen. Deshalb ist erst die auf Grund dinglicher Einigung durch Eintragung vollzogene Rechtsänderung als Verfügung im Sinne des § 883 Abs 2 zu erachten (**RG** 113, 406; Warn 1927 Nr 92). Dem § 883 Abs 2 ist auch dann noch nicht genügt, wenn auf Grund der dinglichen Einigung bereits der Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung beim Grundbuchamt gestellt ist. Denn die dadurch etwa gemäß § 873 Abs 2 erzeugte Gebundenheit der Beteiligten enthält weder eine Verfügungsbeschränkung (§ 873 A 13) noch eine Änderung der Rechtslage (**RG** 113, 407; Warn 1927 Nr 92). Daher ist z. B. eine nach Stellung eines solchen Eintragungsantrags eingetragene Vormerkung selbst dann rechtswirksam, wenn § 17 GBO bei ihrer Eintragung vom Grundbuchrichter verletzt worden ist. Wird demnächst auf jenen Eintragungsantrag die Eintragung der Rechtsänderung vollzogen, so greift die Vorschrift des § 883 Abs 2 über die Unwirksamkeit der vereitelnden oder beeinträchtigenden Verfügung Platz (**RG** 113, 407). Ver-

mietung und Verpachtung des Grundstücks sind nach der obigen Begriffsbestimmung auch in Verbindung mit Gebrauchsüberlassung keine Verfügungen, wie auch die §§ 1375, 1423, 1821 Nr 1, 1822 Nr 4 und 5, 2113, 2135 bestätigen, in denen zwischen Vermietung (Verpachtung) und Verfügung unterschieden wird (**RG** 106, 111). Jedoch ist § 883 Abs 2 hier entsprechend anzuwenden, weil die Vermietung (Verpachtung) in Verbindung mit der Gebrauchsüberlassung das Eigentum am Grundstück beschränkt (§§ 571, 577) und im Vergleich zu einer beeinträchtigenden Verfügung als ein minderes beeinträchtigendes Ereignis zu erachten ist (str.; **RG** 106, 112). Der Berechtigte, der einen durch Vormerkung geschützten, festgestellten Anspruch auf Auflassung oder Nießbrauchsbestellung hat, ist somit an einen nach der Eintragung der Vormerkung von dem Eigentümer geschlossenen und durch Gebrauchsüberlassung vollzogenen Mietvertrag (Pachtvertrag) nicht gebunden. Auch ein kraft Gesetzes sich vollziehender Rechtserwerb, durch den das Recht des Vormerkungsberechtigten beeinträchtigt würde (z. B. Buchersitzung nach § 900 gegenüber einer Auflassungsvormerkung), ist einer Verfügung gleichzustellen (str.).

12. In den **Wirkungen gegenüber Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung** weist die Vormerkung gegenüber den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136, bei denen die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen im § 135 Abs 1 Satz 2 einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Schuldners ebenfalls gleichgestellt sind, insofern einen Unterschied auf, als die Vorschrift des § 772 ZPO, wonach der Gegenstand, auf den sich ein Veräußerungsverbot bezieht, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werden darf, auf die Vormerkung keine Anwendung findet. In der Zwangsversteigerung des Grundstücks, auf dem die Vormerkung oder ein von einer Vormerkung betroffenes Recht eingetragen ist, ist der Vormerkungsberechtigte nach §§ 9 Nr 1, 48 ZVG Beteiligter. Sein vorgemerkter Anspruch wird gleich einem bedingten Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots wie ein endgültig eingetragenes Recht berücksichtigt. Auf den vorgemerkten Anspruch finden daher die für bedingte Rechte geltenden Vorschriften Anwendung, insbesondere hinsichtlich der Folgen des Wegfalls eines Rechts, der Aufnahme in den Teilungsplan, der Behandlung bei der Verteilung des Versteigerungserlöses (§§ 50, 51, 114, 119, 124, 125 ZVG). Die Zwangsversteigerung wird durch die Vormerkung ebensowenig verhindert wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung über das Grundstück (str.; **RG** 125, 251; JW 1910, 489[37]). Auch die Vormerkung auf Einräumung des Eigentums (Auflassung) ist kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne der §§ 28, 37 Nr 5 ZVG (str.). Ist die Auflassungsvormerkung vor dem Recht des betreibenden Gläubigers eingetragen und daher in das geringste Gebot aufgenommen, so bleibt sie bestehen und ist auch gegenüber dem Ersteher wirksam. Dieser muß also nach §§ 883 Abs 2, 888 das Grundstück herausgeben, wenn der vorgemerkte Anspruch endgültig festgestellt wird (**RG** 7, 177; 15, 269; 27, 238). Ist die Vormerkung erst nach dem betreibenden Gläubiger eingetragen, so erlischt sie gemäß §§ 44, 45, 52 Satz 2, 91 ZVG durch den Zuschlag. Der Vorgemerkte kann dann nur einen Anspruch auf den Versteigerungserlös nach Maßgabe des § 92 ZVG geltend machen (str.; **RG** Warn 08 Nr 307; JW 1910, 489[37]; OLG 13, 6; wegen des Ranges A 14).

13. Dadurch, daß die den vorgemerkten Anspruch vereitelnden oder beschränkenden **Verfügungen des Konkursverwalters** unwirksam sind (**RG** JW 06, 424[9]), unterscheidet sich die Vormerkung ebenfalls (A 12) von den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136. Diese sind nach § 13 KO den Konkursgläubigern gegenüber überhaupt unwirksam. Dagegen kann nach § 24 KO der Vormerkungsberechtigte von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen. Das bedeutet, daß der vorgemerkte Anspruch, wenn er besteht, in vollem Umfange aus der Konkursmasse zu befriedigen, der Vormerkungsberechtigte also nicht auf die Rechtsstellung eines auf anteilige Befriedigung aus der Konkursmasse beschränkten Konkursgläubigers zu verweisen ist. Die Befriedigung geschieht, wenn die Vormerkung auf Auflassung gerichtet ist, nach Feststellung des vorgemerkten Anspruchs durch endgültige Einräumung des Eigentums. Das Wahlrecht des Konkursverwalters zwischen Erfüllung und Rücktritt aus § 17 wird hier wie auch sonst bei vorgemerkten Ansprüchen aus zweiseitigen Verträgen durch § 24 KO ausgeschlossen (str.). Die Hypothekvormerkung gewährt nach § 47 KO ein Absonderungsrecht. Sie bleibt nach § 193 KO durch einen Zwangsvergleich unberührt. Diese Wirkungen der Vormerkung bestehen, gleichviel, ob die Vormerkung auf Grund einer Bewilligung des Passivbeteiligten oder auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden ist. Nach §§ 221 Abs 2, 236 KO gilt aber für den Konkurs über einen Nachlaß und das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft die Ausnahme, daß eine nach dem Eintritt des Erbfalls und der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung unwirksam ist. Eine Vormerkung gemäß § 18 Abs 2 GBO hat die Wirkungen der §§ 883 Abs 2, 888 BGB nicht. Denn sie dient nicht zur Sicherung eines Anspruchs im Sinne des § 883, sondern hat nur den Zweck, der vorbereiteten Eintragung für den Fall der Beseitigung des Hindernisses den Rang zu wahren (str.; A 2 „Rechtsgrund"; § 878 A 5; RJA 10, 233).

14. Der **Rang des durch die Vormerkungseintragung gesicherten Rechtes** bestimmt sich bei der endgültigen Eintragung, wenn das Recht das Grundstück belastet, nach § 879 (KGJ 41,

224). Treffen mehrere Vormerkungen (z. B. mehrere Hypothekvormerkungen oder eine Auflassungsvormerkung und eine Hypothekvormerkung) zusammen und haben sich bei ihnen die vorgemerkten Ansprüche zu dinglichen Rechten entwickelt, so bestimmt sich der Rang der Rechte nach der Reihenfolge (in derselben Abteilung) oder nach dem Datum (in verschiedenen Abteilungen) der Vormerkungseintragungen auch dann, wenn die Umwandlung der Vormerkungen in die Rechte in einem anderen Zeitverhältnis erfolgt ist, als es der Reihenfolge oder dem Datum der Vormerkungseintragungen entsprechen würde. Über das Rangverhältnis von Rechten an Grundstücksrechten, auf die § 879 keine Anwendung findet: § 879 A 2. Über die Zulässigkeit der Rangänderung nach § 880 vor der endgültigen Eintragung des dem vorgemerkten Anspruch entsprechenden Rechtes: § 880 A 2 „Gegenstand". Auf die (eine Belastung des Grundstücks betreffenden) Vormerkungen selbst findet, solange sie noch nicht zu endgültigen Rechten geworden sind, § 879 bezüglich des Rangverhältnisses zu anderen Eintragungen keine Anwendung (str.; § 879 A 3). Doch kann bei der Zwangsversteigerung der Vormerkungsberechtigte, dessen Vormerkung nach dem Recht des betreibenden Gläubigers eingetragen ist (A 12), Anspruch auf den Versteigerungserlös vor den nach ihm eingetragenen Rechten erheben. Denn damit macht er die Unwirksamkeit der nacheingetragenen Rechte ihm gegenüber nach Maßgabe der §§ 883 Abs 2, 888 geltend (str.; **RG** 55, 270; KGJ 39 A 200; OLG 13, 7; a. M. 11, 121). Ist die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen (§ 885) und wird diese Verfügung aufgehoben, so erlischt die Vormerkung mit der Erlassung der aufhebenden Entscheidung. Daher kann nicht mehr an ihrer Stelle das gesicherte Recht mit dem aus § 883 Abs 2 sich ergebenden Range endgültig eingetragen werden (§ 886 A 3; § 879 A 5). Auf Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines Rechts bezieht sich Abs 3 seinem Wortlaut nach nicht; diese Ansprüche stehen auch zu dem Range anderer Rechte in keiner Beziehung. Soll jedoch durch die Inhaltsänderung das Recht erweitert werden (z. B. Zinserhöhung), so findet auch hier Abs 3 Anwendung, da die Erweiterung der Einräumung eines neuen Rechtes gleichsteht. Da ein Rangverhältnis nur zwischen den das Grundstück belastenden Rechten unter einander, aber nicht zwischen diesen Rechten und dem Eigentum am Grundstück besteht, so hat die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Grundstückseigentums an sich auch keine Rangwirkung im Sinne von § 883 Abs 3. Deshalb kann ein Pfändungsgläubiger, der den vorgemerkten Anspruch auf Übertragung des Eigentums gepfändet hat, nach dem Eigentumserwerb des Schuldners von den Inhabern der nach der Eintragung der Vormerkung eingetragenen Rechte zwar nach §§ 883 Abs 2, 888 BGB die Zustimmung dazu verlangen, daß seine kraft Gesetzes (§ 848 Abs 2 ZPO) entstandene Sicherungshypothek den Vorrang vor jenen Rechten erhält; er kann aber nicht ohne diese Zustimmung die Eintragung des Vorrangs seiner Sicherungshypothek erreichen (JFG 8, 318).

§ 884

Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist [1]), kann sich der Erbe des Verpflichteten [2]) nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen [3]).

E II 804; P 5 779 f.

1. **Nur soweit der Anspruch vorgemerkt** ist, gilt § 884. Geht der Anspruch (auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts an einem zum Nachlaß gehörigen Grundstück oder an einem zum Nachlaß gehörigen, ein Grundstück belastenden Recht) über die Vormerkungseintragung hinaus, ist z. B. vor der Eintragung einer Auflassungsvormerkung von dem Verpflichteten eine Hypothek bestellt worden, auf deren Beseitigung der Berechtigte nach dem ihn berechtigenden Rechtsgeschäft einen Anspruch hat, so steht dem Erben des Verpflichteten gegenüber diesem Anspruch die Einrede der beschränkten Haftung zu (Prot 5, 780).

2. **Der Verpflichtete, dessen Erbe** sich nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen kann, ist derjenige, gegen den der durch die Vormerkung gesicherte persönliche Anspruch entstanden und ursprünglich gerichtet war. Auf denjenigen, dessen Zustimmung gemäß § 888 erforderlich ist, wenn nach der Eintragung der Vormerkung zu seinen Gunsten verfügt worden ist, findet § 884 keine Anwendung. Ist die Vormerkung erst nach dem Tode des Verpflichteten (auf dem zum Nachlaß gehörigen Grundstück oder Grundstücksrecht) eingetragen worden, so ist zu unterscheiden, ob die Eintragung auf Bewilligung des Erben oder auf Grund einstweiliger Verfügung erfolgt ist. Im ersteren Falle steht die Vormerkung einer vor dem Erbfall eingetragenen gleich. Im letzteren Falle ist die Vormerkung nach § 221 Abs 2 KO unwirksam, wenn über den Nachlaß Konkurs eröffnet wird; dem Erben stehen dann nach §§ 1990 Abs 2, 2016 Abs 2 die Abzugseinrede aus § 1990 Abs 1 und die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 zu, die dem unbeschränkt haftenden Erben nach §§ 2013, 2016 Abs 1 sonst nicht gegeben sind.

3. **Die Beschränkung der Haftung, auf die sich der Erbe des Verpflichteten nicht berufen kann,** regeln die §§ 1973, 1975ff., 1989, 1994, 2000, 2013. Die Vorschrift des § 884 findet Ergänzungen in §§ 1971, 1974 Abs 3, 2016 Abs 2, wonach Vormerkungsberechtigte durch das Aufgebot

der Nachlaßgläubiger und durch die im § 1974 bestimmte Ausschlußfrist nicht betroffen werden und dem Erben ihnen gegenüber, abgesehen von dem in A 2 erörterten Ausnahmefalle, nicht die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 zustehen.

§ 885

Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung [1]) oder auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird [2]). Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird [1]).

Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden [3]).

E II 804; P 3 108 ff., 115 f.; 4 586.

1. Die Erlassung der **die Eintragung einer Vormerkung anordnenden einstweiligen Verfügung** erfolgt nach §§ 935 ff. in Verbindung mit §§ 916 ff. ZPO. Jedoch bedarf es nach § 885 Abs 1 Satz 2, abweichend von §§ 917, 920 Abs 2 ZPO, **nicht der Glaubhaftmachung** (§ 294 ZPO), **daß der zu sichernde Anspruch gefährdet sei.** Der gesetzgeberische Grund für diese Abweichung ist, daß in allen hier in Betracht kommenden Fällen eine Gefährdung schon durch die Einrichtung des Grundbuchs gegeben ist, die es dem Schuldner ermöglicht, die Verwirklichung des Anspruchs durch Veräußerung des Grundstücks oder des Rechtes auszuschließen. Der Nachweis einer weiteren besonderen Gefahr ist dem Gläubiger nicht zuzumuten (Prot 3, 115; SeuffA 63 Nr 44). Dagegen ist der Anspruch glaubhaft zu machen. Die Glaubhaftmachung kann aber durch Sicherheitsleistung ersetzt, anderseits kann trotz Glaubhaftmachung des Anspruchs Sicherheitsleistung gefordert werden (§§ 921 Abs 2, 936 ZPO). Gründet sich der Anspruch auf ein Rechtsgeschäft, so muß glaubhaft gemacht werden, daß das Rechtsgeschäft gültig, insbesondere in der etwa vorgeschriebenen Form geschlossen ist. Über andere Rechtsgründe für den Anspruch vgl. § 883 A 2 „Rechtsgrund". Der Anspruch braucht nicht fällig zu sein. Er kann bedingt oder von einer Gegenleistung abhängig sein (§ 883 A 10). Er muß aber im Klagewege verfolgbar sein. Zur Sicherung eines erst künftig zu erwerbenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung kann überhaupt keine einstweilige Verfügung erlassen werden (§§ 926, 936 ZPO), also auch nicht eine solche auf Eintragung einer Vormerkung (RG 74, 158; § 883 A 10 a. E.). — Zuständig für die Erlassung ist sowohl das Gericht der Hauptsache als auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist, auf dem die Vormerkung eingetragen werden soll. Das Gericht der belegenen Sache ist auch in nicht dringenden Fällen zuständig (§§ 919, 942 Abs 1, 2 ZPO). Gericht der Hauptsache (§ 943 Abs 1 ZPO) ist dasjenige Gericht erster oder zweiter Instanz, bei dem der Rechtsstreit über den durch die Vormerkung zu sichernden Anspruch auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts an einem Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Recht anhängig ist oder anhängig gemacht werden kann (RG 4, 407; 30, 351; 31, 372). — Passiv legitimiert für die Klage und demgemäß auch für die einstweilige Verfügung ist derjenige, der aus einem der in § 883 A 2 „Rechtsgrund" genannten Rechtsgründe persönlich verpflichtet ist, die durch die Vormerkung zu sichernde Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks herbeizuführen (z. B. auch derjenige, der verpflichtet ist, eine ihm abgetretene Hypothek unter gewissen Voraussetzungen zurückzuübertragen: OLG 8, 306). Ist der zu sichernde Anspruch auf Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (z. B. einer Hypothek, die von dem Käufer in dem Kaufvertrage nicht übernommen worden ist) gerichtet, so ist ein Dritter, dem ein Recht an dem aufzuhebenden Recht zusteht (dem z. B. die Hypothek verpfändet ist), nicht passiv legitimiert, auch wenn zur Aufhebung des Rechts seine Mitwirkung erforderlich ist (OLG 3, 99). Hat der Grundstückseigentümer sich zur Eintragung eines Rechts verpflichtet, demnächst aber das Grundstück an einen Dritten veräußert, so ist der Dritte als Antragsgegner einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung des Rechts nicht passiv legitimiert, da gegen ihn überhaupt kein Anspruch auf Einräumung des Rechts besteht (OLG 26, 7). — Die einstweilige Verfügung muß binnen der Frist von einem Monat vollzogen werden (§ 929 Abs 2 ZPO). Als Vollziehung gilt nach §§ 932 Abs 3, 936 ZPO der Antrag auf Eintragung (§§ 13, 30 GBO), der vom Gläubiger gestellt werden kann (KGJ 41, 222). Wenn das Gericht gemäß § 941 ZPO um Eintragung ersucht, gilt als Vollziehung nach § 39 GBO der Eingang des Ersuchens beim Grundbuchamt (RG 67, 165; RJA 7, 69). Gemäß § 929 Abs 3 ZPO muß aber die Zustellung an den Antragsgegner, falls sie noch nicht geschehen ist, innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der Vollziehungsfrist erfolgen (RG 67, 164; 81, 288; KGJ 52, 164). Sind die Fristen nicht eingehalten, so ist die vorgenommene Eintragung der Vormerkung unwirksam. Denn sie ist eine Vollziehungsmaßregel; das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse für die Vollziehung

der einstweiligen Verfügung ist also Voraussetzung für ihre Wirksamkeit (RG 67, 165; 81, 288; OLG 10, 399; 23, 348). Jeder Inhaber des durch die nichtige Vormerkungseintragung beeinträchtigten Grundeigentums oder Rechts am Grundstück kann ebenso, wie wenn eine einstweilige Verfügung überhaupt nicht erlassen wäre, von dem als Berechtigten Eingetragenen die Beseitigung der Eintragung verlangen. Dieser Anspruch rechtfertigt sich zwar nicht nach § 894, da die Vormerkung nicht ein „Recht" im Sinne dieser Vorschrift ist (§ 883 A 8), wohl aber nach dem unmittelbar oder entsprechend anzuwendenden (§ 886 A 2) § 1004 (str.; § 883 A 2 „rechtsbeständig"; § 886 A 2; RG 26, 399; 56, 252; 81, 288; Gruch 67, 79; offen gelassen in HRR 1932 Nr 1837; a. M. KGJ 52, 164 insofern, als § 894 für entsprechend anwendbar erachtet wird und ebenso § 22 GBO, weil die Vorbemerkung nach § 883 Abs 2 wie eine Verfügungsbeschränkung wirke). Der Beseitigungsanspruch besteht bei dem vorausgesetzten Tatbestand auch dann, wenn der gesicherte Anspruch rechtsbeständig und die einstweilige Verfügung nicht (auf Widerspruch des Vormerkungsverpflichteten gemäß § 924 ZPO) aufgehoben ist (§ 886 A 3); denn die Vormerkungseintragung ist als solche nichtig (RG 81, 288). Wegen dieser Nichtigkeit kann, selbst wenn der Anspruch rechtskräftig festgestellt wird, nicht die Umschreibung der Vormerkung in das endgültige Recht erfolgen (RG 81, 288). Ebensowenig kann die nichtige Vormerkungseintragung dadurch aufrechterhalten werden, daß eine neue einstweilige Verfügung ausgebracht und rechtzeitig vollzogen wird; vielmehr kann auf Grund der neuen einstweiligen Verfügung nur eine neue Vormerkung an anderer Stelle des Grundbuchblatts eingetragen werden (RG 81, 288). — Während der Dauer des Konkursverfahrens über das Vermögen des Verpflichteten darf nach § 14 Abs 2 KO eine Vormerkung auf ein zur Konkursmasse gehöriges Grundstück oder Recht an einem Grundstück zugunsten einzelner Konkursgläubiger auf Grund einstweiliger Verfügung nicht eingetragen werden. Die etwa vorgenommene Eintragung ist nichtig. Der Konkursverwalter kann ihre Beseitigung verlangen wie in dem oben erörterten Falle der Nichtigkeit. Wird dagegen auf Grund der Bewilligung des Gemeinschuldners eine Vormerkung eingetragen, so ist sie nur den Konkursgläubigern gegenüber nach Maßgabe des § 7 KO unwirksam.

2. Die **Eintragungsbewilligung des Betroffenen** für sich allein genügt, abgesehen von der Eintragung, zur rechtswirksamen Begründung der Vormerkung. Einer Einigung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten nach §§ 873, 877 bedarf es nicht, da nicht ein Recht eingeräumt oder geändert, sondern nur ein persönlicher (schuldrechtlicher) Anspruch auf die Einräumung oder die Änderung gesichert wird. Die M 3, 244 bemerken zwar, es sei nicht zweifelhaft, daß ein Vertrag zwischen den Beteiligten vorausgesetzt werde. Diese Ansicht hat aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden (str.; RG Gruch 62, 119, wo eine etwa vorhandene Einigung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten für die Heilung eines wesentlichen Mangels in der Eintragungsbewilligung als belanglos erklärt wird; RG JW 1926, 1955 [8]; KGJ 46, 207; OLG 45, 198; JFG 4, 338). Die freiwillige Gewährung der Vormerkung wird bei fehlendem Streit über den Anspruch namentlich dann erfolgen, wenn bei einem Geschäft, dessen Entwicklung sich je nach den Umständen verschieden gestalten kann, dem Verpflichteten nicht zuzumuten ist, dem Gläubiger sofort ein bestimmtes dingliches Recht einzuräumen (Prot 3, 115). Ist die Bewilligung rechtsunwirksam (z. B. weil sie nur zum Schein erklärt oder wegen Irrtums oder Betrugs erfolgreich angefochten ist), so ist die Vormerkung nichtig. Dann kann ihre Beseitigung ebenso wie in den in A 1 erwähnten Fällen der Nichtigkeit verlangt werden. Dies gilt auch, wenn der Gegenstand der Vormerkung in der Eintragungsbewilligung derart unvollkommen angegeben ist, daß er nicht einmal bestimmbar ist (z. B. wenn als Gegenstand einer Auflassungsvormerkung angegeben ist „mein Restgut von zirka 400 Morgen": RG Gruch 62, 117).

Der Passivbeteiligte, der die Bewilligung erklären muß, ist der Eigentümer des Grundstücks oder der Inhaber des Grundstücksrechts, an dem die Vormerkung eingetragen werden soll (z. B. derjenige, der eine ihm abgetretene Hypothek unter gewissen Voraussetzungen zurückübertragen muß: OLG 8, 306). Sind Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks mehrere Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft, so bedarf es zur Eintragung der Vormerkung der Bewilligung sämtlicher Erben; die Bewilligung eines einzelnen Miterben genügt nicht, auch nicht für seinen Anteil, da vor der Erbauseinandersetzung das Grundstück als ein Stück des Nachlasses lediglich den Erben insgesamt gehört (RJA 4, 255). — Die herrschende, vom Reichsgericht in fester Rechtsprechung vertretene Ansicht erblickt in der Bewilligung, der die Eintragung der Vormerkung folgt, eine Verfügung (§ 883 A 8 „öffentlicher Glaube des Grundbuchs"). Daraus folgt, daß im gesetzlichen Güterstande der Ehemann nicht ohne Zustimmung der Frau, die Frau nicht ohne Einwilligung des Mannes eine Vormerkung in bezug auf das eingebrachte Gut bewilligen kann (§§ 1375, 1395, 1398). Bei gütergemeinschaftlicher Ehe kann der Mann die Eintragung einer Vormerkung, die sich auf ein zum Gesamtgut gehöriges Recht an einem Grundstück bezieht, ohne Zustimmung der Frau bewilligen (§ 1443), sofern nicht eine Schenkung vorliegt (§ 1446). Dagegen bedarf er der Einwilligung der Frau zur Bewilligung einer Vormerkung, die sich auf ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück bezieht (§ 1445; RJA 5, 195). Die früheren Auflagen nahmen in diesen Fragen einen andern Standpunkt ein. Jedenfalls ist aber zu beachten, daß die Vormerkung nur dann Rechtswirksamkeit hat, wenn der Anspruch

rechtsgültig begründet worden ist (§ 883 A 2 „rechtsbeständig") und daß die Verpflichtung zur Eintragung des endgültigen Rechts stets eine Verpflichtung zu einer Verfügung ist. Daher ist nach § 1375 eine Vormerkung in Ansehung des eingebrachten Gutes und nach § 1445 eine Vormerkung in Ansehung eines zum Gesamtgut gehörigen Grundstücks immer nur dann wirksam, wenn die Frau zur Begründung des Anspruchs ihre Einwilligung erteilt hat. Das Grundbuchamt hat aber nicht zu prüfen, ob ein rechtsbeständiger Anspruch der Eintragungsbewilligung zugrunde liegt. Zur Vornahme der Eintragung genügt die (rechtsgültige) Eintragungsbewilligung des Legitimierten.

Die Vorschrift des § 878 über die Einflußlosigkeit des nachträglichen Eintritts einer Verfügungsbeschränkung findet keine Anwendung, da sie lediglich die nach den §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärungen betrifft, und die Bewilligung der Vormerkungseintragung nicht darunter fällt (str.; § 878 A 1). Daher macht die Verfügungsbeschränkung des Bewilligenden, auch wenn sie erst nach Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt eintritt, die Bewilligung unwirksam (str.; a. M. JFG 4, 336). — Der Zustimmung derjenigen Personen, die als gegenwärtige Drittberechtigte (z. B. bei Aufhebung oder Änderung des Inhalts oder Ranges eines belasteten Rechts gemäß §§ 876, 877, 880 Abs 3) oder als künftige Berechtigte (z. B. als künftige Eigentümerhypothekare bei Aufhebung oder Änderung des Ranges hypothekarischer Rechte gemäß §§ 880 Abs 2 Satz 2, 1183 BGB; § 27 GBO) der endgültigen Aufhebung oder Änderung eines Rechts am Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Rechte zustimmen müssen, bedarf es hier nicht, da durch die Vormerkung eine Aufhebung oder Änderung des Rechts nicht herbeigeführt und folglich die Rechtsstellung dieser Personen nicht berührt wird.

Eine Form ist zur Wirksamkeit der Bewilligung nicht vorgeschrieben. § 885 spricht nicht, wie § 873 Abs 2, § 875 Abs 2 von „einer den Vorschriften der GBO entsprechenden" Eintragungsbewilligung. Sie kann daher (mit materiellrechtlicher Wirksamkeit) formlos, auch mündlich, erteilt werden (KGJ 46, 208). Ebensowenig ist für die Bindung (§ 130) eine Form vorgeschrieben. Da sie einseitig auf Herbeiführung einer Eintragung gerichtet ist, hat sie dem Grundbuchamt gegenüber (§ 875 A 10) zu erfolgen. Wenn auch eine Bewilligung gegenüber dem Berechtigten hätte genügen sollen, hätte das im Gesetze gesagt werden müssen (str.; a. M. KGJ 46, 208, wo die Bewilligung ohne Begründung gleichgestellt wird einer Aufgabeerklärung nach § 875). Da die Eintragung der Vormerkung „auf Grund" der Eintragungsbewilligung erfolgen soll, muß hier die Bewilligung der Eintragung vorausgehen; eine nachträgliche Bewilligung macht die Eintragung nicht wirksam (KGJ 46, 208). Formellrechtlich ist nach §§ 19, 29 Satz 1 GBO zur Vornahme der Eintragung die Erklärung der Bewilligung in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBO erforderlich. Hat aber das Grundbuchamt diese Ordnungsvorschrift außer acht gelassen, so ist die Eintragung um deswillen nicht unwirksam. Der Inhalt der Bewilligung braucht nicht notwendig das Wort „Vormerkung" zu enthalten; es genügt, wenn ersichtlich ist, daß einem sicherungsfähigen Anspruch vorläufige Sicherung verschafft werden soll (RG Gruch 67, 81; KGJ 23 A 154). Ist die Eintragung einer endgültigen Rechtsänderung bewilligt, so kann darin in der Regel nicht die Bewilligung der Eintragung einer entsprechenden Vormerkung gefunden werden, da durch diese nur ein schuldrechtlicher Anspruch gesichert werden soll (str.). Wäre aber in einem solchen Falle ausnahmsweise die Eintragung der endgültigen Rechtsänderung nicht zulässig, so könnte die Bewilligung in die der Eintragung einer etwa zulässigen Vormerkung umgedeutet werden (RG Gruch 67, 81). Die Eintragungsbewilligung kann ersetzt werden durch ein Urteil gegen den Passivbeteiligten nach §§ 894, 895 ZPO. Für die Klage ist, da es sich lediglich um einen persönlichen Anspruch handelt, der von dem persönlich Verpflichteten zu erfüllen ist, weder der ausschließliche dingliche Gerichtsstand aus § 24 noch der wählbare des § 26 ZPO gegeben (RG 52, 40). Lautet das Urteil auf Bewilligung einer endgültigen Eintragung, so gilt nach § 895 ZPO die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt, wenn das Urteil vorläufig vollstreckbar ist. Über die nach §§ 18 Abs 2, 76 GBO von Amts wegen einzutragenden Vormerkungen vgl. § 883 A 2 „Rechtsgrund".

3. Über die **Notwendigkeit** der **Eintragung** zur Begründung der Vormerkung und über die **Form** der Eintragung, auch über Unschädlichkeit einer (irrtümlichen) Bezeichnung der Vormerkung als Widerspruch vgl. § 883 A 9. Ob die Eintragung einer Vormerkung für einen jeweiligen Berechtigten oder für den Berechtigten und dessen Rechtsnachfolger zulässig ist, wurde bereits in § 883 A 2 „Anspruch einer bestimmten Person" dargelegt. — Nach Abs 2 kann bei der Eintragung auf die einstweilige Verfügung (A 1) oder auf die Eintragungsbewilligung, also auch auf das diese ersetzende Urteil (A 2), **zur näheren Bezeichnung des Anspruchs Bezug genommen** werden. Die Bestimmung entspricht dem § 874 (vgl. dort A 2—6). Eine besondere Vorschrift neben § 874 war geboten, weil die Vormerkung kein „Recht" am Grundstück im Sinne des § 874 ist (§ 874 A 1). Außer dem Gegenstand des Anspruchs (z. B. Änderung, Aufhebung des Rechts) muß im Grundbuch, sei es durch Aufnahme in den Eintragungsvermerk, sei es durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, der Umfang des Anspruchs (§ 883 A 9) angegeben werden. Um den Anspruch gehörig zu kennzeichnen und die grundbuchlichen Verhältnisse klarzulegen, ist in derselben Weise auch der Grund des Anspruchs anzugeben, also der Tatbestand, aus dem der zu sichernde Anspruch entstanden ist oder entstehen soll. Diese Angabe

ist so zu fassen, daß der Anspruch von anderen inhaltsgleichen Ansprüchen desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner unterschieden werden kann (RG JW 1911, 587 [32]; Warn 1928 Nr 33: RJA 7, 146; KGJ 37 A 280; 48, 190; 51, 251). Wenn die Angabe des Schuldgrundes fehlt, so ist deswegen die erfolgte Eintragung noch nicht nichtig, sofern nur sonst die Identität des Anspruchs festgestellt werden kann (s. unten), namentlich wenn nach der Sachlage nur ein einziger Anspruch in Frage kommt und Gefahr der Verwechslung nicht besteht (RG 42, 318; 45, 176; 133, 269; RG JW 1928, 498 [30]; JFG 9, 202). Unter „nähere Bezeichnung des Rechtes" fällt nicht die Angabe des Vormerkungsberechtigten; dieser muß daher in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen werden (KGJ 47, 212; § 874 A 4). — Die Vorschriften des § 1115 Abs 1 finden auf Hypothek- oder Grundschuldvormerkungen keine Anwendung, da diese keine hypothekarischen Rechte sind. Die Gültigkeit der Vormerkungen hängt daher nicht unbedingt von der Aufnahme der dort vorgeschriebenen Angaben in den Eintragungsvermerk ab. Vielmehr kann über § 1115 Abs 1 hinaus auf die Grundlagen Bezug genommen werden, sofern nur die Bezugnahme die Grenze der „näheren" Bezeichnung des Anspruchs innehält (str.; JFG 4, 407: Bezugnahme auf Unterwerfung unter sofortige Zwangsvollstreckung genügt bei der Hypothekvormerkung; a. M. OLG 3, 4). Der Forderungsbetrag wird aber auch bei einer Hypothekvormerkung in den Eintragungsvermerk selbst aufzunehmen sein, da eine Bezugnahme hierauf über die bloß „nähere" Bezeichnung hinausgehen würde (OLG 3, 3; 3, 364). Das in den Eintragungsvermerk Aufgenommene muß sich mit dem wesentlichen Inhalt der Grundlagen der Eintragung decken. Weicht es hiervon so ab, daß die wirkliche Rechtslage aus dem Eingetragenen überhaupt nicht erkannt werden kann, so ist die Eintragung unwirksam (RG 53, 414). Steht die Bedeutung einer Vormerkung in Frage, so darf auch die über die Begründung des Anspruchs sich verhaltende Urkunde zum Zweck der Auslegung berücksichtigt werden (RG JW 1911, 587 [32]; 1928, 498 [30]; RG 133, 269). Ist bei einer Hypothek eine Löschungsvormerkung (§ 1179) eingetragen, so kann mit Rücksicht auf den engen Zusammenhang zwischen Hypothek und Vormerkung bei der Auslegung der Vormerkung auch der Inhalt der Hypothekeintragung berücksichtigt werden, so z. B. der aus dieser Eintragung ersichtliche Umstand, daß die Hypothek eine Baugeldhypothek ist, deren Forderung erst durch Zahlungen an den Grundstückseigentümer je nach Fortschreiten des Baues zur Entstehung gelangen soll (RG JW 1911, 587 [32]).

Die formellrechtlichen Voraussetzungen für die Vornahme der Eintragung sind hinsichtlich der Grundlagen der Eintragung übereinstimmend mit den materiellrechtlichen Erfordernissen für die Rechtsgültigkeit. Auf Grund einer einstweiligen Verfügung gegen den durch die Eintragung in seinem Recht Betroffenen oder auf Grund seiner Eintragungsbewilligung hat das Grundbuchamt nach § 19 GBO die Eintragung vorzunehmen. Im Falle einer einstweiligen Verfügung ist vom Grundbuchamt zu prüfen, ob die Vollziehungsfrist noch läuft (A 1). Die Eintragungsbewilligung muß die im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebene Form erfüllen (A 2). Wird statt der Eintragungsbewilligung ein Urteil gemäß § 894 ZPO beigebracht, so muß die Ausfertigung mit dem Zeugnis der Rechtskraft versehen sein. Soll auf Grund eines den Betroffenen zur Bewilligung der Eintragung des endgültigen Rechts verurteilenden, vorläufig vollstreckbaren Urteils gemäß § 895 ZPO der Anspruch auf das Recht vorgemerkt werden, so muß das Urteil mit Vollstreckungsklausel versehen sein (§§ 724, 725, 750 ZPO). Denn wenn auch die Eintragung ein grundbuchlicher Akt ist, stellt sich das Verfahren doch zugleich als ein Zwangsvollstreckungsakt dar (str.; RG 62, 157; KGJ 26 A 260). Hängt nach dem Urteil die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung ab, so muß auch diese gemäß § 751 Abs 2 ZPO nachgewiesen werden. Ob der zu sichernde Anspruch rechtsgültig besteht, hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen (A 2). Nach § 13 Abs 1 GBO ist ein Eintragungsantrag erforderlich, der nach § 30 GBO keiner Form bedarf. Berechtigt zu dem Antrag ist nach § 13 Abs 2 GBO nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner, sofern nur die sonstigen urkundlichen Erfordernisse, insbesondere eine formgerechte Eintragungsbewilligung, beigebracht werden. Wenn das eine einstweilige Verfügung anordnende Gericht nach § 941 ZPO um Eintragung der Vormerkung ersucht, ersetzt nach § 39 GBO das Ersuchen den Antrag (A 1). Nach OLG 7, 368 darf das Grundbuchamt nicht nachprüfen, ob die den Gegenstand des Ersuchens bildende Eintragung nach materiellem Recht zulässigerweise angeordnet ist. Sofern nicht einer der Ausnahmefälle des § 41 GBO vorliegt, muß nach § 40 Abs 1 der Betroffene als der Berechtigte (Eigentümer, Inhaber des betroffenen Rechtes) im Grundbuch eingetragen sein. Soll eine Vormerkung auf ein zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gehöriges Grundstück eingetragen werden, so genügt zwar prozeßrechtlich zur Eintragung der Vormerkung eine einstweilige Verfügung gegen den Ehemann allein (§§ 740, 928 ZPO; RJA 5, 196; für den Fall der Eintragungsbewilligung vgl. A 2). Nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO ist aber neben der Eintragung des Mannes auch die der Frau als Eigentümer erforderlich, da diese ebenfalls in ihrem Miteigentumsrecht durch die Eintragung betroffen wird (RJA 5, 196; 12, 163). Im Falle einer Vormerkung auf Übertragung des Eigentums (Auflassung) gegen den Erben des eingetragenen Eigentümers soll der Erbe als Eigentümer eingetragen sein, bevor die Eintragung der Vormerkung erfolgt. Zwar findet nach § 41

die Vorschrift des § 40 Abs 1 auf den Erben des eingetragenen Berechtigten keine Anwendung, wenn die Übertragung eines Rechtes eingetragen werden soll. Bei der Vormerkung handelt es sich aber nicht um die Übertragung eines Rechtes, sondern um die Sicherung des persönlichen Anspruchs auf Übertragung (RJA 6, 56; a. M. allerdings jetzt JFG 7, 328, wo indessen einerseits Sicherungszweck und vorbereitende Natur der Vormerkung zu sehr gleichgestellt sind und anderseits der Charakter des § 41 GBO als einer eng auszulegenden Ausnahmevorschrift unterschätzt ist.) Soll eine Vormerkung (z. B. auf Einräumung einer Hypothek) auf den Anteil eines Miteigentümers eingetragen werden, so müssen nach § 48 in Verbindung mit § 40 Abs 1 GBO die Anteile der Miteigentümer im Grundbuch nach Bruchteilen angegeben sein (RJA 5, 262). Über die Eintragung, wenn die Vormerkung nur einen (realen) Grundstücksteil betrifft: § 883 A 9. Vgl. auch § 14 GBO (Herbeiführung der Eintragung des Berechtigten auf Grund eines vollstreckbaren Titels), §§ 792, 896 ZPO (Beschaffung der erforderlichen Legitimationsurkunden). Wenn bei einem hypothekarischen Recht eine Vormerkung eingetragen werden soll, so bedarf es nach den Ordnungsvorschriften (RG 73, 50) der §§ 42—44 GBO der Vorlegung der dort bezeichneten Urkunden, insbesondere bei einer Briefhypothek des Briefes (RJA 4, 68; 6, 165; OLG 7, 369). Gemäß §§ 938, 936, 928, 830 ZPO ist erforderlichenfalls dem Schuldner die Herausgabe des Hypothekenbriefs an den Gerichtsvollzieher aufzugeben und die Vorlegung des Briefs bei dem Grundbuchamt anzuordnen (OLG 18, 181). Die nur für die Eintragung eines Widerspruchs gegebene Vorschrift des § 896 ist nicht anwendbar. Ein anderer als der Schuldner (z. B. der Hypothekengläubiger, bei dessen Hypothek eine Löschungsvormerkung nach § 1179 eingetragen werden soll) ist also zur Vorlegung des in seinem Besitz befindlichen Briefs nicht verpflichtet, es sei denn, daß seine Verpflichtung hierzu sich aus einem besonderen Rechtsverhältnis ergibt (OLG 3, 98; 18, 181).

Über die Aufhebung der Vormerkung und Löschung der Vormerkungseintragung vgl. § 886 A 2, 3.

§ 886

Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird [1]), eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird [2]), so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen [3]).

E II 805; P 3 741 f., 748; 6 222.

1. **Der von der Vormerkung Betroffene,** der die Beseitigung der Vormerkung auf Grund der Einrede verlangen kann, ist nicht nur derjenige, gegen den die Vormerkung ursprünglich gerichtet war, sondern auch sein Rechtsnachfolger, also z. B. im Falle einer Hypothekvormerkung derjenige, der von dem ursprünglich Verpflichteten das Grundstück erworben hat (Prot 3, 748). Wenn der Rechtsnachfolger die Beseitigung der Vormerkung verlangt, bedarf es nicht der Zuziehung seines Rechtsvorgängers, des aus dem vorgemerkten Anspruch Verpflichteten. Selbst wenn dieser bereits rechtskräftig zur Bewilligung einer der Vormerkung entsprechenden endgültigen Eintragung verurteilt worden wäre, würde jener durch das Urteil, das nicht ihm gegenüber ergangen ist und daher seine rechtlichen Befugnisse nicht beeinflussen kann, nicht gehindert sein, seinerseits die Beseitigung der Vormerkung auf Grund der dem persönlich Verpflichteten zustehenden Einreden im Klagewege zu verfolgen (RG 53, 33).

2. **Einrede** im prozessualen Sinne ist jedes Anführen, das, ohne die Richtigkeit der Klagetatsachen in Frage zu stellen, dem Klagebegehren auf Grund anderweiter Tatsachen entgegentritt. Dazu gehören auch diejenigen Tatsachen, die ergeben, daß der Anspruch, der Richtigkeit der Klagetatsachen ungeachtet, nicht zur Entstehung gelangt oder daß er zwar entstanden, aber wieder erloschen ist (M 1, 359). Hier aber handelt es sich um eine Einrede im Sinne des materiellen Rechtes. Diese deckt sich nicht mit der prozessualen Einrede. Die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen fallen nicht unter den Begriff der materiellrechtlichen Einreden, da sie mit und durch ihren Eintritt dem Recht seinen Bestand entziehen (M 1, 359). Wo das BGB vom Entgegensetzen solcher Tatsachen spricht, gebraucht es den Ausdruck **„Einwendung"** (§§ 334, 404, 417, 774, 784, 796, 986 Abs 2, 1344, 1435.) Erweist sich der Anspruch wegen einer solchen Einwendung oder aus einem andern Grunde als von vornherein nicht entstanden (z. B. weil das den Anspruch begründende Rechtsgeschäft nichtig oder wegen Betrugs, Irrtums mit Erfolg angefochten oder weil eine aufschiebende Bedingung ausgefallen ist) oder als nach der Entstehung erloschen (z. B. durch Erfüllung oder durch Eintritt einer auflösenden Bedingung), so ist auch die Vormerkung trotz der Eintragung hinfällig (§ 883 A 2 „rechtsbeständig", A 8 „Aufhebung"). Dem durch die Vormerkung Beeinträchtigten ist dann die Klage auf Löschung der Eintragung gegeben. Eine solche Klage bedarf aber nicht der Stütze durch § 886, da die Eintragung wegen Hinfälligkeit des Anspruchs nichtig ist. Auch § 894 findet auf die Klage keine Anwendung, da die Vormerkung kein Recht an einem Grundstück oder an einem ein Grundstück

belastenden Recht ist (§ 883 A 8). Vielmehr ist die Klage gerichtet auf Beseitigung der Beeinträchtigung des Eigentums oder des Rechts, gegen das sich die Vormerkung richtet (§§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090 Abs 2). Die Sache liegt ebenso, wie wenn die Vormerkungseintragung als solche nichtig ist, etwa weil die ihr zugrunde liegende einstweilige Verfügung unwirksam ist oder die Eintragungsbewilligung nicht zu Recht besteht (§ 885 A 1, 2). Das dingliche Recht erzeugt vermöge seiner absoluten Natur für den Berechtigten gegen jeden, der sich in einem das Recht beeinträchtigenden Zustande befindet, den Anspruch darauf, daß dieser Zustand beseitigt wird und der Beeinträchtigende die zur Beseitigung notwendige Mitwirkung gewährt (M 3, 236). Im § 894 ist nur für den Fall, daß das Grundbuch hinsichtlich eines dinglichen Rechts unrichtig ist, der (negatorische) Anspruch besonders geregelt (M. a. a. O.; § 894 A 5). Allerdings ist § 1004 auf Reallasten und die hypothekarischen Rechte im Gesetz nicht für anwendbar erklärt. Wenn aber ein solches Recht mit einer nichtigen Vormerkung belastet ist (§ 883 A 5), wird meistens auf Grund des schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen dem Inhaber des Rechts und dem Vormerkungsberechtigten ein schuldrechtlicher Anspruch auf Beseitigung der Vormerkungseintragung gegeben sein. Ist dies nicht der Fall (z. B. wegen Wechsels der Inhaberschaft), so wird die allgemeine Bestimmung des § 1004, nicht die Sonderbestimmung des § 894 entsprechend anzuwenden sein, und zwar gleichviel, ob die Eintragung der Vormerkung für den nicht zur Entstehung gelangten oder demnächst erloschenen Anspruch auf Grund einer Bewilligung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils (§ 895 ZPO) oder einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. In den beiden zuletzt genannten Fällen kann die Beseitigung der Vormerkung auch durch Aufhebung des Urteils oder der einstweiligen Verfügung herbeigeführt werden (str.; § 885 A 1; § 886 A 3). Die Rechtsprechung ist allerdings bisher noch zu keiner Einheitlichkeit und Klarheit in diesen Fragen gelangt. Noch jüngst hat **RG** LZ 1933, 708[2] die Anwendung des § 894 abgelehnt, während **RG** 22. 3. 1933 V 47/32, anknüpfend an **RG** 129, 184 und 132, 419 (A 3 Abs 2), zur entsprechenden Anwendung des § 894 neigt. Mit der hier vertretenen Ansicht stimmen im wesentlichen überein **RG** 26, 399; 56, 252; 81, 288; Gruch 67, 79. Ihr steht nicht entgegen **RG** Warn 1910 Nr 239, wo nur allgemein von einem Berichtigungsanspruch als einem Ausfluß des Eigentums gesprochen wird. In **RG** Warn 1913 Nr 184 ist aber § 894 für anwendbar erachtet, weil die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung begründe (dazu § 883 A 11; § 892 A 11 Abs 3). In **RG** Gruch 60, 506 wird zwar zunächst erklärt, es widerspreche dem Standpunkt des Reichsgerichts, wenn § 894 auf eine zu Unrecht eingetragene Vormerkung für unanwendbar erachtet werde; dann wird aber die Klage auf Löschung einer bei einer Hypothek eingetragenen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der Hypothek wegen Nichtbestehens dieses Anspruchs aus obigen Gründen für gerechtfertigt erklärt mit dem Beifügen, wenn schon für den Fall des § 886 ein Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung gegeben sei, so müsse dem Vormerkungsverpflichteten der gleiche Anspruch erst recht in dem Falle zustehen, daß der gesicherte Anspruch gar nicht bestehe. In KGJ 52, 164 ist § 894 für entsprechend anwendbar erachtet, weil die Vormerkung zwar kein dingliches Recht und keine Verfügungsbeschränkung sei, aber nach § 883 Abs 2 wie eine Verfügungsbeschränkung wirke. Noch OLG 39, 74 soll die Beseitigung einer Vormerkung, die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist, nur auf dem in den §§ 936, 924, 925, 927 ZPO gewiesenen Wege durch Aufhebung der Verfügung erreicht werden können, und zwar, soweit die Verfügung mangels Bestehens des gesicherten Anspruchs nicht zu Recht erlassen sei, durch Widerspruch nach §§ 924, 925 ZPO, soweit aber der gesicherte Anspruch nachher erloschen sei, wegen veränderter Umstände nach § 927 ZPO. Diese Auffassung ist in **RG** HRR 1932 Nr 1837 ersichtlich mißbilligt. Folgt man der oben dargelegten Ansicht, so steht die Klage aus § 1004 nicht nur demjenigen zu, gegen dessen Recht ursprünglich der Anspruch vorgemerkt worden ist, sondern auch seinem Rechtsnachfolger sowie demjenigen, dem ein Recht an dem Rechte eingeräumt worden ist, das bei Bestehen der Vormerkung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam sein würde (z. B. im Falle des vorgemerkten Anspruchs auf Aufhebung einer Hypothek auch demjenigen, dem die Hypothek verpfändet worden ist). Denn auch diese Personen sind durch die Eintragung beeinträchtigt. Anderseits ist die Klage, da sie dinglicher Natur ist, auch gegen den Rechtsnachfolger des Vormerkungsberechtigten gegeben, da er den Anspruch mit der Vormerkung nur so erwirbt, wie er besteht, also mit allen ihm anhaftenden Einwendungen. — Die materiellrechtliche Einrede dagegen gründet sich auf einen Umstand, der einen Anspruch nicht von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruchs abzulehnen (M 1, 359), sei es auf Zeit (verzögerliche Einreden; vgl. **RG** Warn 1927 Nr 92), sei es für immer (rechtszerstörende Einreden). § 886 gibt nur auf Grund einer die **Geltendmachung des vorgemerkten Anspruchs dauernd ausschließenden Einrede** (rechtszerstörenden Einrede) die Klage auf Beseitigung der Vormerkung (**RG** 53, 33; 65, 262; 81, 288; vgl. § 1169). Die Notwendigkeit, den Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung für diesen Fall besonders vorzusehen, ergab sich daraus, daß eine Einrede, durch welche die Geltendmachung eines Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, den Anspruch an und für sich unberührt läßt (**RG** Gruch 60, 506). Als solche Ein-

reden kommen hier besonders in Betracht die Einreden der Verjährung (§ 222 Abs 1; RG 81, 288; JW 08, 235[6]), des Eingehens einer Verbindlichkeit ohne Rechtsgrund (§ 821), des Erlangens einer Forderung durch eine unerlaubte Handlung (§ 853) und die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache. Obwohl in allen diesen Fällen der Anspruch an sich bestehen bleibt, wird doch die Klage auf Beseitigung der Vormerkung in § 886 gewährt, weil der mit einer rechtszerstörenden Einrede behaftete Anspruch wirtschaftlich einem nicht bestehenden Anspruch gleichkommt.

3. Die **Beseitigung der Vormerkung,** die von dem durch die Eintragung Betroffenen verlangt werden kann (A 2 a. E.), umfaßt alle Maßnahmen, die zur Herbeiführung der Löschung erforderlich sind, also nicht nur die Bewilligung der Löschung (wie im Falle der Berichtigung des Grundbuchs nach § 894), sondern auch die Antragstellung. Ist eine Hypothekvormerkung zu beseitigen, so bedarf es nicht der Zustimmung des Eigentümers nach § 1183 BGB, § 27 GBO, da die Vormerkung nicht zur Eigentümerhypothek wird (§ 883 A 8 „Hypothekvormerkung"; KGJ 25 A 170). Die Klage ist ebenso, wie wenn der Anspruch nicht besteht (A 2), dinglicher Natur und sowohl für als auch gegen den Rechtsnachfolger gegeben. Im Konkurse des bisherigen Gläubigers hat der Anspruch die Natur eines Aussonderungsanspruchs (§ 43 KO), so daß er auch vom Konkursverwalter zu erfüllen ist. — Die Beseitigung der Vormerkung erfolgt, wenn der Vormerkungsberechtigte die Löschungsbewilligung erteilt und die Löschung der Eintragung (§ 47 GBO; KGJ 40 B 355) bewirkt wird. Die Bewilligung wird durch ein rechtskräftiges Urteil auf Bewilligung gemäß § 894 ZPO ersetzt. Ist die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils (§ 895 ZPO) eingetragen, so kann die Löschung auch (A 2) auf Grund einer die einstweilige Verfügung oder das Urteil aufhebenden vollstreckbaren Entscheidung erfolgen (RG 81, 288; OLG 39, 75), und zwar formellrechtlich nach § 25 GBO auf Antrag (§§ 13, 30 GBO) des von der Vormerkungseintragung Betroffenen (KGJ 41, 220; vgl. 20 A 77; 22 A 136). Dem Grundbuchamt muß eine vollstreckbare Ausfertigung der Entscheidung (§§ 724, 725 ZPO) vorgelegt werden, da die Löschung ein Akt der Zwangsvollstreckung ist (OLG 3, 4). Sachlich (materiell) erlischt die Vormerkung, wie aus §§ 868, 928, 932 Abs 2, 936 ZPO und § 25 GBO zu entnehmen ist, bereits mit der Erlassung der Entscheidung (str.; KGJ 41 A 223). Sie kann daher, auch wenn sie noch nicht gelöscht worden ist, nicht mehr in das durch sie gesicherte Recht umgeschrieben werden (KGJ 41, 220; § 885 A 1). Ist trotzdem (unzulässigerweise) die Umschreibung erfolgt, so erhält das Recht nicht den Rang, der sich sonst nach § 883 Abs 2 aus der Vormerkungseintragung ergeben würde (KGJ 41, 220). Ist eine Ehefrau Vormerkungsberechtigte, so bedarf es beim gesetzlichen Güterstand eines Urteils gegen beide Eheleute nach Maßgabe des § 739 ZPO (OLG 3, 5); beim Güterstand der Gütergemeinschaft ist gemäß § 740 ZPO ein Urteil gegen den Ehemann allein erforderlich und genügend. Wenn in der einstweiligen Verfügung eine Anordnung über Aufhebung gegen Hinterlegung nach §§ 923, 936 ZPO getroffen ist, so kann die Löschung auf Grund eines die einstweilige Verfügung nach Hinterlegung aufhebenden Beschlusses gemäß § 934 ZPO erfolgen. Jedoch ist eine solche Anordnung nach dem Zweck der Vormerkung, Sicherung für den Anspruch auf das endgültige Recht zu gewähren, und im Hinblick darauf, daß § 923 nach § 936 ZPO auf die einstweilige Verfügung nur entsprechend anzuwenden ist, nur dann für zulässig zu erachten, wenn das Recht, auf dessen Erwerb, Aufhebung oder Änderung die Vormerkung gerichtet ist, eine Geldleistung aus dem Grundstück zum Ziele hat (z. B. eine Hypothek ist), nicht dagegen, wenn durch das Recht eine Individualleistung erlangt werden soll (wie z. B. bei der Auflassungsvormerkung), da hier die Hinterlegung von Geld die Sicherung der Leistung nicht ersetzen kann (str.; RG 55, 140).

In den sonstigen, an sich nicht unter § 886 fallenden Fällen, in denen eine Vormerkungseintragung von vornherein nichtig ist oder nichtig wird (A 2; § 885 A 1, 2), ist formellrechtlich § 22 GBO entsprechend anwendbar, obwohl es sich nicht um die Berichtigung des Grundbuchs im Sinne dieser Vorschrift und des § 894 BGB handelt (A 2). Denn der im § 22 GBO bei dinglichen Rechten zugelassene Weg der Eintragungsbeseitigung muß auch auf die schwächer wirkende Vormerkungsberechtigung anzuwenden sein (RJA 11, 60; KGJ 32 B 16; 40 B 355; 52, 164). Formellrechtlich kann also durch einen dem Grundbuchamt zu erbringenden gehörigen Nachweis der Nichtigkeit die Löschung der Vormerkungseintragung herbeigeführt werden. Über Aufhebung einer Vormerkung durch Aufgebot trifft § 887 Bestimmung. — Von Amts wegen können die nach §§ 18 Abs 2, 76 GBO eingetragenen Vormerkungen gelöscht werden. Jedoch fallen diese Vormerkungen nicht unter die §§ 883ff. (§ 883 A 2 „Rechtsgrund"). — Eine dem § 883 entsprechende, also nicht ihrem Inhalt nach unzulässig eingetragene (§ 54 Abs 1 Satz 2 GBO) Vormerkung kann auch dann, wenn die Voraussetzungen für ihr Nichtbestehen oder ihr Nichtigwerden gegeben sind, nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag (§ 13 GBO) gelöscht werden (RG 129, 185). Ist dennoch die Löschung von Amts wegen, aber sachlich zu Recht erfolgt, so verliert die Vormerkung auch außerhalb des Grundbuchs für die Vergangenheit jede Bedeutung. Wird die Vormerkung aber durch ein bloßes Versehen oder durch eine widerrechtliche Handlung gelöscht, so fragt es sich,

ob sie auch dann, weil sie zu ihrer Entstehung des Eingetragenseins bedarf (§ 885 A 9), gar keine Geltung mehr hat und völlig als erloschen gilt, oder ob trotz der Löschung die Tatsache ihres Eingetragengewesenseins noch fortwirkt, zwar nicht für die Vergangenheit, aber doch für die Zukunft. In der vorigen Auflage war ersteres angenommen und der Vormerkungsberechtigte auf den Weg verwiesen, auf Grund des Schuldverhältnisses die Wiedereintragung zu betreiben; auch war derjenige, der inzwischen ein entgegenstehendes Recht erworben hatte, in seinem Erwerb als geschützt erklärt, selbst wenn er die Unrechtmäßigkeit der Löschung kannte. Indessen kann doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Vormerkung ehedem rechtmäßig eingetragen war und ohne die unrechtmäßige Löschung die Kraft hatte, nach § 883 Abs 2, § 888 vormerkungswidrige Verfügungen unwirksam zu machen. Daher gebietet der den §§ 894, 899 BGB und dem § 54 GBO zugrunde liegende Zweckgedanke, die Eintragung eines Widerspruchs gegen die zu Unrecht erfolgte Löschung zuzulassen, obwohl eine Unrichtigkeit des Grundbuchs im strengen Sinne des § 894 BGB nicht vorliegt. Dieser Widerspruch hat dann die Bedeutung, den Vormerkungsberechtigten gegen die zwischen der Eintragung und der Löschung der Vormerkung getroffenen vormerkungswidrigen Verfügungen so zu schützen, als wenn die Vormerkung noch eingetragen wäre (RG 129, 184; 132, 419; ebenso jetzt auch das Kammergericht in HRR 1932 Nr 1045; 1933 Nr 1131 unter Preisgabe seiner früheren abweichenden Rechtsprechung). Sind dagegen zwischen der Löschung der Vormerkung und der Eintragung des Widerspruchs vormerkungswidrige Verfügungen eingetragen, so sind die Erwerber in ihrem Rechtserwerb geschützt. Dasselbe gilt, wenn der Vormerkungsberechtigte etwa die Wiedereintragung der Vormerkung auf Grund des Schuldverhältnisses erst dann erreicht, wenn bereits entgegenstehende Verfügungen eingetragen sind. — Kann das Recht, auf dessen Eintragung der vorgemerkte Anspruch nach früherem Rechte gerichtet war, nach dem jetzt geltenden Rechte nicht mehr eingetragen werden (z. B. eine Antichrese), so wird die Vormerkung gegenstandslos und löschungsreif (RG 48, 61; 53, 415; JW 03 Beil 116). — Dem § 886 ähnliche Vorschriften geben die §§ 1169, 1254 für einredebehaftete Hypotheken und Pfandrechte.

§ 887

Ist der Gläubiger, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, unbekannt [1]), so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden [2]), wenn die im § 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen [3]). Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt die Wirkung der Vormerkung [4]).

E II 805; P 3 742, 748.

1. **Unbekannt ist der Gläubiger** zunächst dann, wenn nicht bekannt ist, ob der Eingetragene oder sein bekannter Rechtsnachfolger noch lebt oder wer sein Erbe ist, aber auch dann, wenn der als Gläubiger Auftretende sein Verfügungsrecht nicht in der für das Grundbuchverfahren erforderlichen Form nachweisen kann (M 3, 739; RG 67, 99; RJA 6, 145). Unbekanntheit lediglich des Aufenthaltsorts des der Person nach bekannten Gläubigers genügt nicht, da dann nicht „der Gläubiger unbekannt" ist (str.). Gegen einen solchen Gläubiger ist auf Löschung zu klagen, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen; die Klage ist gemäß §§ 203ff. ZPO öffentlich zuzustellen.

2. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt nach den Vorschriften der ZPO §§ 946ff., 988, 1024 (allgemeine Vorschriften für alle Aufgebote und besondere Vorschriften für die Vormerkungen). Antragsberechtigt ist der Eigentümer des Grundstücks oder der Inhaber des Grundstücksrechts, bei dem der Anspruch vorgemerkt ist (§§ 988, 984 ZPO), sowie derjenige, der auf Grund eines im Range gleich- oder nachstehenden Rechts Befriedigung aus dem Grundstück verlangen kann, sofern er für seinen Anspruch einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat (§ 988 Abs 2 Satz 1 ZPO).

3. Die **im § 1170 bestimmten Voraussetzungen** sind: 1. Ablauf von zehn Jahren seit der letzten die Vormerkung betreffenden Eintragung, d. h. entweder seit der ursprünglichen Eintragung oder, wenn ihr spätere nachgefolgt sind (z. B. Übertragung des vorgemerkten Anspruchs auf einen neuen Gläubiger), seit der letzten dieser späteren Eintragungen; 2. Nachweis, daß der vorgemerkte Anspruch nicht innerhalb dieser Frist vom Schuldner, sei es auch nur stillschweigend (z. B. durch Abschlagszahlung, Zinszahlung), im Sinne des § 208 dem Berechtigten gegenüber anerkannt worden ist. Bei Ansprüchen mit kalendermäßig bestimmter Zahlungszeit beginnt nach § 1170 Abs 1 Satz 2 die Frist nicht vor dem Ablauf des Zahlungstags. Ist die Entstehung des Anspruchs an eine aufschiebende Bedingung oder einen Anfangstermin geknüpft (§§ 158 Abs 1, 163), so kann die Frist erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins beginnen, da vorher ein Gläubigerrecht nicht ausgeübt werden kann (str.). Nach einem Anerkenntnisse innerhalb der Frist beginnt eine neue Frist.

4. Die **Wirkung der Vormerkung erlischt** mit der Erlassung des Ausschlußurteils. Der gesicherte Anspruch wird dadurch nicht berührt. Die Löschung erfolgt auf Antrag (§§ 13, 30

GBO) auf Grund des Urteils. Das Urteil muß ohne Vorbehalt erlassen sein. Hat sich jemand als Gläubiger gemeldet und ist ihm gemäß § 953 ZPO das angemeldete Recht vorbehalten, so ist er noch nicht ausgeschlossen. Deshalb hat ein solches Urteil für sich allein die Wirkung des Satz 2 nicht. Denn hier ist vorausgesetzt, daß alle diejenigen, die als Gläubiger in Betracht kommen können, ausgeschlossen worden sind. Erst wenn der Vorbehalt vom Antragsteller rechtswirksam beseitigt ist (z. B. durch Verzicht des Anmeldenden oder durch seine rechtskräftige Verurteilung zur Verzichtserklärung), tritt die Wirkung des Satz 2 ein (RG 67, 95; RJA 6, 145; KGJ 33 A 210). Eine Hypothekvormerkung geht nicht, wie nach § 1170 Abs 2 die Hypothek, infolge des Erlöschens auf den Eigentümer über, da die Grundsätze von der Eigentümerhypothek nicht für Hypothekvormerkungen gelten (§ 883 A 8 „Hypothekvormerkung") und § 1170 im § 887 nur hinsichtlich der Voraussetzungen für die Ausschließung herangezogen ist. Formellrechtlich erfolgt die Löschung auf Grund einer Ausfertigung des Urteils gemäß §§ 13, 22 GBO (§ 886 A 3 Abs 2). Dem § 887 ähnliche Vorschriften enthalten die §§ 1104, 1112, 1269.

§ 888

Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen [1]), die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist [2]).

Das gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist [3]).

E II 806; P 3 743, 746.

1. Inwieweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, das ist in § 883 A 11, 12, 13 behandelt. **Zustimmung zu der** zur Verwirklichung des gesicherten Anspruchs erforderlichen **Eintragung oder Löschung kann der Vormerkungsberechtigte** (B) **von dem Erwerber** (E) **verlangen,** der nach der Vormerkungseintragung von dem Vormerkungsschuldner (S) das Recht erworben hat, gegen das die Vormerkung gerichtet ist (RG 108, 356). Zustimmung ist nach §§ 183, 184 entweder vorherige Einwilligung oder nachträgliche Genehmigung. B kann also nach seiner Wahl E entweder darauf in Anspruch nehmen, daß er vorher seine Einwilligung, oder darauf, daß er nachträglich seine Genehmigung zu der Eintragung oder der Löschung erteilt. Was sonst zur Vornahme der Eintragung oder der Löschung erforderlich ist, hat S zu verschaffen. Denn er ist und bleibt trotz der Veräußerung des Rechts an E zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs durch diejenige endgültige Eintragung oder Löschung, die der Anspruch zum Ziele hatte, persönlich verpflichtet, und zwar ausschließlich. Durch den Erwerb ist nicht etwa die persönliche Verpflichtung des S auf E übergegangen oder eine neue persönliche Verpflichtung des E neben der des S begründet worden. Vielmehr liegt dem E nur deshalb, weil sein Erwerb nach § 883 Abs 2 dem B gegenüber unwirksam ist, die rein dingliche Verpflichtung ob, der den Anspruch verwirklichenden Eintragung oder Löschung durch Einwilligung oder Genehmigung zuzustimmen (Prot 3, 746; RG 53, 28; 78, 73; 108, 356; Warn 1927 Nr 92; OLG 4, 237; 39, 211). Besteht daher die Veräußerung des S an E darin, daß **das eingetragene Recht** oder das Recht an einem solchen Rechte **völlig auf E übertragen** worden ist, so ist S, obwohl er nicht mehr Inhaber des Rechts ist, dennoch allein zur Abgabe der für die Eintragung oder Löschung erforderlichen Erklärungen verpflichtet (RG 108, 356). Er verfügt, wenn er diese Erklärungen abgibt, als ein Nichtberechtigter über das Recht. Erteilt E die ihm obliegende Einwilligung oder Genehmigung, so ist oder wird die Verfügung nach § 185 Abs 1, 2 wirksam (KGJ 51, 196; OLG 39, 210). Besteht die Veräußerung nur darin, daß S **das Recht mit einem Rechte zugunsten des E belastet** hat, so ist S Inhaber des Rechts geblieben und in der Regel auch noch zur Verfügung über das Recht als solches unbeschränkt befugt (§ 876 A 2). Zur Aufhebung des Rechts (an einem Grundstück) oder zur Änderung des Inhalts bedarf aber S nach §§ 876, 877 der Zustimmung des E. Ist deshalb die Vormerkung auf Aufhebung oder auf Änderung des Inhalts des Rechts des S gerichtet, so muß zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs S die Aufgabeerklärung des § 875 oder die Änderungserklärung des § 877 und E die Zustimmungserklärung des § 876 oder des § 877 abgeben. Im übrigen ist zu unterscheiden, ob die Vormerkung des B auf Übertragung oder nur auf Belastung des Rechts des S gerichtet ist. Im ersteren Falle kommt eine Zustimmung des E zu der den Anspruch verwirklichenden Eintragung nicht in Frage, wenn für ihn eine Belastung des Rechts des S erfolgt ist. B erlangt vielmehr in diesem Falle die Eintragung als Inhaber des Rechts auf Grund der Übertragungserklärung des noch legitimierten S; E muß sein das Recht belastendes Recht zur Löschung bringen, da es dem B gegenüber nach § 883 Abs 2

unwirksam ist; B kann nötigenfalls mit der negatorischen Klage (§§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090 Abs 2) die Verurteilung des E zur Löschung der sein Recht beeinträchtigenden Belastung verfolgen (str.). Ist die Vormerkung des B auf Belastung des Rechts des S gerichtet, so bedarf es der Beseitigung der weiteren Belastung zugunsten des E überhaupt nicht, also auch nicht der Abgabe einer zustimmenden oder sonstigen Erklärung des E. Denn die Eintragung der endgültigen Belastung zugunsten des B hat auf Grund der Eintragungsbewilligung des S als des Inhabers des zu belastenden Rechts zu erfolgen; die so eingetragene endgültige Belastung hat nach § 883 Abs 3 ohne weiteres den Vorrang vor der späteren Belastung zugunsten des E (str.). Danach kommt in diesen Fällen § 888 gar nicht zur Anwendung, weil es einer Zustimmung des E zu der den Anspruch des B verwirklichenden Eintragung überhaupt nicht bedarf (str.).

Das Erörterte mögen folgende **Beispiele** verdeutlichen:

a) Für B ist auf dem Grundstück des S eine Auflassungsvormerkung eingetragen. S überträgt trotzdem das Grundstück an E. Dann muß S mit B die Einigung über die Übertragung des Eigentums (Auflassung) an B gemäß § 925 erklären; E muß hierzu die vorherige Einwilligung oder die nachträgliche Genehmigung erteilen (**RG** Warn 1927 Nr 92; KGJ 51, 196; OLG 39, 211). Hierzu ist zu vergleichen: § 925 A 7 über die Entgegennahme der Auflassungserklärung eines Nichtberechtigten und die Zulässigkeit auch nachträglicher Genehmigung des Berechtigten, der bei der Auflassung nicht zugegen zu sein braucht; **RG** Warn 1919 Nr 95: wegen dieser Wirkung ist der Grundstücksverkäufer dem Käufer gegenüber nach §§ 433, 434 zur Herbeiführung der Löschung einer eingetragenen Auflassungsvormerkung verpflichtet; **RG** JW 1922, 576 [2]: ist ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück von dem Vorkaufsverpflichteten an einen Dritten verkauft und übereignet, so kann der Vorkaufsberechtigte nach § 1098 Abs 2, § 888 Abs 1 beanspruchen, daß der Vorkaufsverpflichtete ihm das Grundstück aufläßt und daß der Dritte zur Eintragung seines, des Vorkaufsberechtigten, Eigentums die Zustimmung erklärt. Ist der Anspruch gegen S auf Auflassung an B oder an einen von diesem zu benennenden Dritten gerichtet und läßt B an den von ihm ausgewählten D auf, so genügt die Zustimmung des E zu dieser Auflassung. Denn die Auflassung von B an D wird durch die Zustimmung des E ohne Mitwirkung des S wirksam. S muß nur dulden, daß auf diese Weise die ihm obliegende Auflassungsverpflichtung erfüllt wird (KGJ 51, 196; OLG 39, 211). Hat in der Zwischenzeit S oder nach der Auflassung an E dieser auch noch eine Hypothek für F bestellt, so ist die Zustimmung des F zu der Auflassung an B nicht erforderlich. B kann aber zunächst auf Grund des Rechtsverhältnisses, aus dem der vorgemerkte Anspruch entspringt, von S Wegschaffung der Hypothek des F verlangen; nicht auch von E, selbst wenn E der Besteller der Hypothek ist, da ein persönlicher Anspruch des B gegen E nicht besteht. B kann aber auch F auf Löschung der Hypothek in Anspruch nehmen, da die Hypothek ihm gegenüber unwirksam ist. Ohne freiwillige oder durch Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzte Löschungsbewilligung des F kann die Löschung nicht erfolgen. Die Hypothek des F ist nicht nichtig, sondern sie ist nur dem B gegenüber unwirksam, und B muß die Unwirksamkeit geltend machen. Deshalb ist auch das Grundbuch nicht hinsichtlich der Hypotheketragung unrichtig im Sinne des § 894. Lediglich auf Grund der Tatsachen, daß B nunmehr Eigentümer des Grundstücks und die Hypothek des F nach der Auflassungsvormerkung des B eingetragen worden ist, kann also auch nicht die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs 1 GBO erfolgen. Vielmehr ist die materiellrechtlich ein Anerkenntnis der Unwirksamkeit enthaltende freiwillige oder die im Wege der negatorischen Klage unter Feststellung der Unwirksamkeit erzwungene Löschungsbewilligung des F, der formellrechtlich der Passivbeteiligte im Sinne des § 19 GBO ist, zur Löschung erforderlich (str.; OLG 5, 296). Dabei ist zu bemerken, daß die Hypothek kraft der auf dieser materiellrechtlichen Grundlage erteilten Löschungsbewilligung nicht etwa zu einer Eigentümerhypothek des S oder des E oder des B wird; denn die hypothekarische Eintragung selbst ist unwirksam. Zur Rechtsstellung des Gläubigers, der den durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Auflassung gepfändet hat, gegenüber Rechten, die nach der Vormerkung eingetragen sind, vgl. § 883 A 14 a. E.

b) Für B ist eine Hypothekvormerkung auf dem Grundstück des S eingetragen. S veräußert das Grundstück an E. Dann muß S, obwohl ihm das Grundstück nicht mehr gehört, als Nichtberechtigter die Eintragung der endgültigen Hypothek für B bewilligen. E muß als Eigentümer des Grundstücks durch seine Zustimmung zu der Hypotheketragung der Bewilligung des S Wirksamkeit verleihen (**RG** 78, 73). Hat S das Grundstück nur weiter belastet, z. B. mit einer Hypothek zugunsten des E, so bedarf es zu der endgültigen Eintragung der Hypothek für B lediglich der Bewilligung des S, nicht auch der Zustimmung des E, da die Hypothek des B ohne weiteres den Rang vor der Hypothek des E hat.

c) Ist die Vormerkung des B auf Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (z. B. einer Hypothek) gerichtet und hat S trotzdem das Recht auf E übertragen oder zugunsten des E mit einem Recht belastet (z. B. verpfändet), so muß S die Aufgabe gemäß § 875 erklären und E im Falle der Übertragung durch die von ihm als Inhaber des Rechts

erteilte Zustimmung die Erklärung des S wirksam machen, im Falle der Belastung seine Zustimmung zu der Aufhebung gemäß § 876 erklären (RG 93, 118).

In den Fällen, in denen E durch seine Zustimmung der Eintragungserklärung des nicht mehr verfügungsberechtigten S die Wirksamkeit verleiht, kann E auch selbst die Eintragung des Rechts für B bewilligen (z. B. im Falle der Auflassungsvormerkung dem B die Auflassung erteilen). Denn er ist durch seine Eintragung als Inhaber des Rechts dem Grundbuchamt gegenüber formell legitimiert und erfüllt durch die Herbeiführung der Eintragung des Rechts (z. B. des Eigentums am Grundstück) für B die dem S obliegende Verpflichtung als Dritter gemäß § 267 Abs 1 (str.; KGJ 51, 196; OLG 39, 211). Eine Verpflichtung des E dazu besteht jedoch dem B gegenüber nicht (KGJ 51, 196).

Die Einwilligung oder Genehmigung des E kann ebenso wie die Eintragungsbewilligung oder Aufgabeerklärung des S gemäß § 894 ZPO **durch rechtskräftiges Urteil ersetzt** werden (OLG 39, 209). Der Anspruch gegen S und der gegen E sind selbständige, voneinander unabhängige Ansprüche. Jener beruht auf einem den vorgemerkten Anspruch begründenden Schuldverhältnisse zwischen B und S; dieser hat zum Rechtsgrunde die Tatsache, daß E ein den vorgemerkten Anspruch des B vereitelndes oder beeinträchtigendes und daher gegenüber B unwirksames Recht erworben hat. Zur Begründung beider Ansprüche gehört aber, daß der vorgemerkte Anspruch wirklich besteht. Nur unter dieser Voraussetzung ist das Recht des E gegenüber B unwirksam. Weil somit beide Ansprüche gemeinsame Voraussetzungen haben und auf die Herbeiführung derselben Eintragung oder Löschung gerichtet sind, können S und E, wenn B die Ansprüche im Klagewege verfolgt, gemäß § 60 ZPO als Streitgenossen verklagt werden (str.). B kann aber auch jeden der beiden für sich allein verklagen. Dabei hat er die Wahl, welchen von beiden er zuerst verklagen will. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß er zunächst ein rechtskräftiges Urteil gegen S auf Bewilligung der Eintragung oder Löschung erstreitet und dann erst auf Grund dieses Urteils Klage gegen E auf Genehmigung erhebt. Vielmehr kann B auch schon, bevor er gegen S im Klagewege vorgegangen ist, gegen E auf Einwilligung in die Eintragung oder Löschung klagen (str.; RG 53, 35; 78, 73). Ein Urteil, das den S zur Eintragungsbewilligung oder zur Aufgabeerklärung rechtskräftig verurteilt, ist nicht gegen E wirksam, da es nicht ihm gegenüber ergangen ist (RG 53, 34; 62, 377). Die gegen E erhobene Klage muß selbständig gerechtfertigt, insbesondere muß auch ihm gegenüber das Bestehen des vorgemerkten Anspruchs besonders dargetan werden. Selbst eine von S bereits erteilte Eintragungsbewilligung oder Aufgabeerklärung ist nicht unbedingt gegenüber E maßgebend, z. B. nicht im Falle der Simulation oder Kollusion (RG 36, 249; JW 98, 209 [31]; a. M. OLG 4, 238). In der Regel wird aber in solchen Erklärungen des S eine Bestätigung des Bestehens des vorgemerkten Anspruchs zu erblicken sein. Auch aus einem rechtskräftigen Urteil gegen S wird regelmäßig zu entnehmen sein, daß der vorgemerkte Anspruch tatsächlich besteht. Im übrigen kann aber natürlich E ebenso wie S alle auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen gestützten Einwendungen (§ 886 A 2) geltend machen, aus denen sich ergibt, daß der vorgemerkte Anspruch in Wirklichkeit nicht zur Entstehung gelangt oder daß er zwar entstanden, aber wieder erloschen ist. Aber auch die Geltendmachung der rechtszerstörenden Einreden des § 886 (§ 886 A 2) steht dem E zu, da er als Rechtsnachfolger des S in dem von ihm erworbenen Recht durch die Vormerkung betroffen wird und daher nach § 886 Beseitigung der Vormerkung verlangen kann (RG 53, 33). Dagegen wird der Anspruch des Vormerkungsberechtigten aus § 888 Abs 1 nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Erwerber des mit einer Auflassungsvormerkung belasteten Grundstücks dieses mit einem Gebäude bebaut oder in sonstiger Weise umgestaltet hat. Denn die in RG 133, 293 zu § 818 Abs 2 entwickelten Grundsätze kommen hier nicht ohne weiteres zur Anwendung. Unter besonderen Umständen könnte in einem solchen Falle vielleicht die Einrede der Arglist dem Vormerkungsberechtigten gegenüber Platz greifen (RG DRZRspr 1933 Nr 301). Gegen den Anspruch aus einer auf einen Kaufvertrag gegründeten Auflassungsvormerkung kann nicht mit Erfolg eingewendet werden, daß der Verkäufer zur Erfüllung des Anspruchs des Käufers seinerseits das Erforderliche (durch Erteilung der Auflassung) noch nicht getan habe. Denn für den Anspruch des vormerkungsberechtigten Käufers auf Zustimmung aus § 888 ist es gleichgültig, ob ihm das Grundstück von dem Verkäufer aufgelassen ist oder nicht (RG 53, 28; Warn 1927 Nr 92). Ist B mit seiner Klage gegen S rechtskräftig abgewiesen, so ist auch die Klage gegen E hinfällig. Denn nunmehr ist für eine Zustimmung des E kein Raum mehr; überdies hat E in diesem Falle eine Einrede nach § 886 (§ 886 A 2). Sonst hat aber ein Urteil gegen S auch dann, wenn zur Zeit der Veräußerung an E der Anspruch gegen S bereits rechtshängig war (wenn z. B. die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen war und die Hauptsache über den Anspruch auf endgültige Eintragung oder Löschung bereits schwebte), gegenüber E keine Wirksamkeit, da das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht in Anbetracht der persönlichen Natur der Klage nicht in Streit befangen ist und folglich die §§ 265, 266, 325, 727 ZPO keine Anwendung finden (str.). Veräußert aber E zu einer Zeit, in der die Klage des B aus § 888 gegen ihn rechtshängig ist, weiter an F, so wirkt das Urteil auch gegenüber F, wenn die Rechtshängigkeit ihm bekannt oder im Grundbuch eingetragen war. Denn soweit die Vormerkung eine den vor-

gemerkten Anspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung unwirksam macht, hat sie und somit auch die Klage aus ihr dingliche Wirkung, so daß hier das von E erworbene Grundstück oder Recht in Streit befangen ist.

Nach allen erörterten Richtungen macht es gemäß § 883 Abs 2 keinen Unterschied, ob der Erwerb des E auf freiwilliger Verfügung des S beruht oder im Wege der Zwangsvollstreckung (z. B. durch Eintragung einer Zwangshypothek; vgl. § 883 A 12) oder der Arrestvollziehung oder von dem Verwalter des etwa inzwischen über das Vermögen des S eröffneten Konkurses (§ 883 A 13) erlangt ist.

Eine Aufhebung und Löschung des von der Vormerkung betroffenen Rechts durch S kommt für eine Anwendung des § 888 nicht in Betracht. Zunächst bedarf die Aufhebung der Zustimmung des B (§ 883 A 11 „Verfügungsbeschränkung"). Ist aber die Löschung der Vormerkung, sei es auch versehentlich, ohne Zustimmung des B erfolgt, so ist die Vormerkung erloschen. Ein Erwerb des E, der unwirksam wäre, wenn die Vormerkung bestände, ist nun selbst dann wirksam, wenn E von der Unrechtmäßigkeit der Löschung Kenntnis hatte (§ 886 A 3 „zu Unrecht gelöscht"; dort auch das Nähere über die Möglichkeit und die Wirkungen eines Widerspruchs gegen eine unrechtmäßige Löschung der Vormerkung).

2. Zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs hat materiellrechtlich der aus dem Anspruch persönlich Verpflichtete, wenn er noch Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts ist, die zur Rechtsänderung (§§ 873 Abs 1, 877, 880) oder zur Rechtsaufhebung (§ 875) erforderliche Erklärung abzugeben und die endgültige Eintragung des der Vormerkung entsprechenden Rechts für den Vormerkungsberechtigten oder die endgültige Löschung des Rechts, auf dessen Aufhebung die Vormerkung gerichtet ist, zu bewilligen. Formellrechtlich ist zur Vornahme der Einschreibung nach §§ 19, 29 GBO erforderlich, daß die Bewilligung in der Form des § 29 Satz 1 GBO erklärt wird. Die formgerechte Bewilligung wird gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt, das namentlich dann ergehen wird, wenn die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist und demnächst die Hauptsache durch ein Urteil auf Herbeiführung der Bestellung oder der Aufhebung des Rechts abgeschlossen wird (s. jedoch KGJ 51, 192 über einen Fall, in dem auf Bewilligung des Eigentümers eine Auflassungsvormerkung eingetragen war, dann der Eigentümer gemäß § 928 auf das Eigentum am Grundstück verzichtet hatte und darauf gegen den nach § 58 ZPO bestellten Pfleger ein Urteil auf Erteilung der Auflassung vom Vormerkungsberechtigten erstritten wurde). Das Urteil muß auf Bewilligung der Eintragung lauten. Deshalb genügt bei einer Hypothekvormerkung eine Verurteilung zur Zahlung nicht (KGJ 36 A 253). Ist bei einer Hypothekvormerkung weder aus dem Eintragungsvermerk noch aus seinen Unterlagen etwas über die Art der zu bestellenden Hypothek zu entnehmen, so kann die Umschreibung der Vormerkung in eine Verkehrshypothek, und zwar eine Briefhypothek, verlangt werden. Denn die Verkehrshypothek und die Briefhypothek sind die Regel (§ 1116 A 2), die Buchhypothek und die Sicherungshypothek (§ 1184) die Ausnahme (RG Gruch 58, 1021). Die Eintragung wird auf formlosen (§ 30 GBO) Antrag (§ 13 Abs 1 GBO) eines der Beteiligten (§ 13 Abs 2 GBO) unter Vorlegung der Eintragungsbewilligung oder des mit Rechtskraftzeugnis versehenen Urteils vorgenommen. Handelt es sich um Übertragung des Eigentums, so hat Auflassung gemäß § 925 BGB, § 20 GBO zu erfolgen. Auch in den Fällen des § 888 hat der persönlich Verpflichtete die ihm obliegenden Eintragungs- oder Löschungserklärungen abzugeben (A 1). Die außerdem erforderliche Zustimmung des Erwerbers bedarf materiellrechtlich (§ 182 Abs 2) keiner Form. Sie kann nach § 182 Abs 1 sowohl gegenüber dem persönlich Verpflichteten als auch gegenüber dem Vormerkungsberechtigten erklärt werden. Formellrechtlich bedarf sie aber nach §§ 19, 29 GBO der in § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form. Sie kann durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt werden. Auch der Verwalter des Konkurses über das Vermögen des persönlich Verpflichteten muß den vorgemerkten Anspruch erfüllen (§ 883 A 13). — Auf eine nach § 18 Abs 2 GBO eingetragene Vormerkung findet § 888 keine Anwendung. Das Grundbuchamt hat nach Behebung des der beantragten Eintragung entgegenstehenden Hindernisses die Eintragung vorzunehmen, ohne daß es der Einwilligung eines späteren Erwerbers bedarf (RG 62, 375; 110, 207; KGJ 53, 111; § 883 A 2 „Rechtsgrund"). Die Eintragung für den späteren Erwerber erfolgt unter dem Vorbehalt, daß das vorgemerkte Recht nicht durch Behebung des Hindernisses zu einem endgültigen wird (RG 62, 378; 110, 207; KGJ 53, 111). Wird das Hindernis behoben, so ist die Entscheidung auf Eintragung für den späteren Erwerber rückgängig zu machen und diese Eintragung von Amts wegen zu beseitigen (RG 110, 207; KGJ 53, 111). Bei Behebung der Anstände ist also nicht nur dem ersten Antrag durch Ausführung der vorgemerkten Eintragung stattzugeben, sondern auch die auf den späteren Antrag für den Erwerber erfolgte Eintragung zu beseitigen (KGJ 53, 112). Die Vormerkung ist nicht zu löschen (KGJ 50, 173; 53, 112). Ist die Vormerkung zu Unrecht gelöscht und zugleich die Beseitigung der auf den späteren Antrag erfolgten Eintragung unterblieben, so kann die Beseitigung nicht mehr nachgeholt werden, wenn ein gutgläubiger Erwerb auf Grund dieser Eintragung nach Löschung der Vormerkung in Frage kommt (KGJ 53, 112). Ist dies aber nicht der Fall, so ist

die Beseitigung der auf den späteren Antrag erfolgten Eintragung trotz der Löschung der Vormerkung noch zulässig und von Amts wegen nachzuholen. Denn die gegenüber jener Eintragung bereits entstandenen Wirkungen der Vormerkung sind durch ihre Löschung nicht hinfällig geworden (KGJ 53, 112). Wegen einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung nach § 883 vgl. § 886 A 3, § 894 A 1 Abs 2. — Der Zustimmungsanspruch aus § 888 ist wie der Anspruch auf Grundbuchberichtigung (§ 894 A 2 Abs 3) nicht selbständig ohne den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch abtretbar mit der Wirkung, daß der Zessionar die Zustimmung zur Verwirklichung des Vorgemerkten für sich selbst verlangen könnte (RG Warn 1927 Nr 92). Wird jedoch bei einer auf einen Kaufvertrag gegründeten Auflassungsvormerkung der gesicherte Anspruch des Käufers nebst der Vormerkung an einen Dritten abgetreten und erteilt der Verkäufer berechtigterweise als Eigentümer oder auch auf Grund einer Auflassung des Eigentümers an ihn (§ 925 A 8) dem Dritten Auflassung, so kann der Dritte die Zustimmung dazu verlangen, daß er selbst (nicht der Zedent) als Eigentümer eingetragen werde (RG Warn 1927 Nr 92).

3. Über die gleichartigen Wirkungen, anderseits aber auch über die Unterschiede von **Veräußerungsverboten** (§ 878 A 3 Abs 2) und Vormerkungen vgl. § 883 A 11, 12, 13. Auf Grund des § 888 Abs 2 kann der aus einem gesetzlichen oder richterlichen (z. B. durch einstweilige Verfügung angeordneten) Veräußerungsverbot (§§ 135, 136) Berechtigte, wenn das durch das Verbot betroffene Grundstück veräußert wird, ebenso wie bei einer Auflassungsvormerkung (A 1 a) vom Erwerber die Zustimmung zur Auflassung an ihn, den Berechtigten, verlangen (RG 135, 381; OLG 5, 143). Doch steht dem Erwerber der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zu Seite, wenn das Verbot, das an sich ohne Eintragung wirkt (RG 135, 384), nicht eingetragen und ihm auch nicht bekannt gewesen ist (§§ 135 Abs 2, 136, 892 Abs 1 Satz 2). Für rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote (§ 137) gilt die Vorschrift des Abs 2 nicht. Dagegen gilt sie auch für ein durch einstweilige Verfügung erlassenes Erwerbsverbot, das einem nach § 938 ZPO erlassenen Veräußerungsverbot gleichzustellen ist (RG 117, 292; § 925 A 5). Hat also z. B. nach erteilter Auflassung der Veräußerer gegen den Erwerber des Grundstücks eine einstweilige Verfügung erwirkt und zugestellt, in der dem Erwerber verboten ist, sich durch einen Umschreibungsantrag das Eigentum zu verschaffen, so braucht der Veräußerer eine trotzdem ererfolgende Umschreibung nicht zu dulden. Er kann verlangen, daß diese Umschreibung rückgängig gemacht wird. Er kann auch die Eintragung des Verbots in das Grundbuch herbeiführen und so dessen Wirkung auch Dritten gegenüber nach § 892 Abs 1 Satz 2 sichern (RG 117, 294).

§ 889

Ein Recht an einem fremden Grundstück [1]) erlischt nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt [2]).

E I 835 II 807; M 3 201 ff.; P 3 73.

1. Nur auf **Rechte an fremden Grundstücken**, also auf Erbbaurechte, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte, Reallasten, hypothekarische Rechte (§ 873 A 6), findet § 889 Anwendung. Bei hypothekarischen Rechten gelten ferner für das Nichterlöschen durch Konfusion oder Konsolidation besondere Regeln (§§ 1163, 1177, 1178). Die ein Grundstück betreffenden Vormerkungen fallen nicht unter § 889, weil sie keine Rechte am Grundstück sind (§ 883 A 8 „Aufhebung der Vormerkung"; OLG 6, 123). Ebensowenig gehören hierher Rechte an den genannten Rechten und Rechte an beweglichen Sachen. Diese erlöschen in der Regel bei ihrem Zusammentreffen mit dem Eigentum in einer Person; so der Nießbrauch und das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten (§§ 1063, 1072, 1256, 1273, 1291). Anders verhält es sich, wenn der Eigentümer eines Grundstücks den Nießbrauch an einer auf dem Grundstück eingetragenen, verzinslichen Hypothek erlangt. Dann erlischt das Zinsrecht nicht deswegen, weil die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Zinsen und das Recht auf die Zinsen sich in einer Person vereinigt hat. Denn der Nießbrauch an der Hypothek und das Eigentum am Grundstück stehen sich als gesonderte Rechte gegenüber; der Gegenstand des Nießbrauchs wird durch jene Vereinigung nicht berührt. Das Zinsrecht bleibt vielmehr bestehen. Die Folge der Vereinigung ist nur, daß der Eigentümer (Schuldner), solange er gleichzeitig Nießbraucher ist, Zinsen nicht zu entrichten braucht (KGJ 47, 198). Ebenso bleibt, wenn die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau des Eigentümers eine auf dem Grundstück eingetragene verzinsliche Hypothek erwirbt, trotz des dem Ehemann zustehenden (§ 1383) Nutznießungsrechts an der Hypothek das Zinsrecht und somit auch die Hypothek für dieses Zinsrecht der Ehefrau erhalten; § 1178 (A 2) trifft hier nicht zu; die Hypothek mit den Zinsen kann also auch im Grundbuch auf die Ehefrau umgeschrieben werden (KGJ 47, 194). Dasselbe gilt, wenn ein Kind, dessen Vermögen der Nutznießung des Vaters unterliegt, eine auf dem Grundstück des Vaters eingetragene verzinsliche Hypothek erwirbt oder wenn der Vater ein Grundstück erwirbt, auf dem für sein Kind eine verzinsliche Hypothek eingetragen steht. Die Frage, ob bei der Neubegrün-

dung einer Hypothek für eine Darlehnsforderung einer Ehefrau (eines Kindes) am Grundstück des Ehemanns (Vaters) ein Zinsrecht mit Rücksicht auf das Nutznießungsrecht des Ehemanns (Vaters) eingetragen werden kann, gehört nicht hierher (vgl. § 1383 A 4). — Daß das Recht im Grundbuch eingetragen ist, wird für die Anwendung des § 889 nicht erfordert; es genügt, wenn das Recht außerhalb des Grundbuchs besteht (wie z. B. die Überbau- oder Notwegrente: §§ 912—918). Über die nach früherem Recht begründeten, nicht eingetragenen Rechte s. A 2.

2. Aus dem **Nichterlöschen durch Vereinigung** (Konfusion) darf nicht gefolgert werden, daß der Eigentümer am eigenen Grundstück ein Recht bestellen darf. Nach § 181 kann der Eigentümer nicht mit sich selbst die nach § 873 erforderliche Einigung über die Bestellung des Rechtes vornehmen. Ausnahmen zugunsten einer Rechtsbestellung durch einseitige Erklärung finden sich in den §§ 1009, 1196, 1199 (§ 873 A 7 „Vertragsnatur"). Ferner ist aus dem Nichterlöschen im Falle des § 889 nicht zu folgern, daß Rechte an einem fremden Grundstück immer erst erlöschen, wenn sie im Grundbuch gelöscht werden. Dies gilt nur für die Aufhebung durch Rechtsgeschäft nach § 875. Fälle, in denen sonst Rechte auch ohne Löschung außerhalb des Grundbuchs erlöschen, sind in § 875 A 1 besprochen. Aus dem Nichterlöschen eines Rechts nach § 889 folgt aber, daß der Eigentümer über das Recht als Rechtsinhaber besonders verfügen, es aufheben, belasten, an einen anderen übertragen kann. Insoweit unterliegt daher das Recht für sich allein auch der Zwangsvollstreckung. Ferner steht dem Eigentümer wie sonst einem Inhaber der Schutz gegen Beeinträchtigungen zu (§§ 1017, 1027, 1065, 1090 Abs 2). Er darf jedoch wegen einer Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld nach §§ 1177 Abs 1, 2, 1197 nicht die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben. Wird sie aber von anderer Seite betrieben, so kann der Eigentümer das Recht bei dieser Zwangsvollstreckung geltend machen. Veräußert der Eigentümer nach der Vereinigung das mit dem Recht belastete Grundstück, so verbleibt ihm das Recht. Ist bei der Vereinigung von Recht und Eigentum das Recht mit dem Recht eines Dritten belastet, so bleibt auch diese Belastung bestehen. Ausnahmen von dem Grundsatz des Nichterlöschens durch die Vereinigung gelten nach § 1178 Abs 1 Satz 1 (Zinsrückstände und Kosten) bei einer Hypothek sowie bei der Reallast und der Rentenschuld nach §§ 1107, 1200 in Verbindung mit § 1178 Abs 1 Satz 1. Ob ein unter der Herrschaft des früheren Rechts begründetes, nicht eingetragenes, aber zur Wirksamkeit der Eintragung auch nicht bedürfendes Recht (z. B. eine Grundgerechtigkeit nach § 12 Abs 2 PrEEG v. 5. 5. 72; Art 187 EGBGB) durch Vereinigung (z. B. im Falle der Grundgerechtigkeit durch Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks in der Hand eines Eigentümers) nach Anlegung des Grundbuchs erlischt, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen. Denn nach Art 189 Abs 3 EG erfolgt die Aufhebung eines solchen Rechts, bis es in das Grundbuch eingetragen wird, nach den bisherigen Gesetzen. Unter „Aufhebung" ist aber nicht nur die rechtsgeschäftliche Aufhebung, sondern auch das ohne Rechtsgeschäft eintretende Erlöschen zu verstehen (str.; RG Warn 1916 Nr 19).

§ 890

Mehrere Grundstücke [1]) können [2]) dadurch zu einem Grundstücke vereinigt werden [3]), daß der Eigentümer [4]) sie als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen läßt [5]).

Ein Grundstück [1]) kann [2]) dadurch zum Bestandteil eines anderen Grundstücks gemacht werden [6]), daß der Eigentümer [4]) es diesem im Grundbuche zuschreiben läßt [7]).

E I 787 II 808; M 3 56 ff.; P 3 13, 327 f., 550 ff.

1. Über den Begriff des Grundstücks und darüber, wann **mehrere selbständige Grundstücke** vorliegen, vgl. § 873 A 4, auch KGJ 37 A 209 (Eintragung mehrerer Katasterparzellen unter verschiedenen Nummern des Titelblatts nach früherem Recht). Sowohl für die Vereinigung als auch für die Zuschreibung wird im § 890 vorausgesetzt, daß die mehreren Grundstücke demselben Eigentümer gehören oder doch von ihm gleichzeitig mit der Stellung des Antrags auf Vereinheitlichung erworben werden (KGJ 36 A 193). Keine Voraussetzung ist, daß sie miteinander in räumlichem Zusammenhang stehen (RG 51, 215) oder im Bezirk desselben Grundbuchamts belegen sind (OLG 8, 300; 39, 221; KGJ 43, 291). Ferner ist nicht erforderlich, daß über die mehreren Grundstücke vor ihrer Vereinigung oder Verbindung durch Zuschreibung je ein besonderes Grundbuchblatt geführt worden ist. Auch Grundstücke, die auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter verschiedenen Nummern als selbständige Grundstücke gemäß § 4 GBO gebucht sind (§ 873 A 4; OLG 5, 188; 39, 221; KGJ 30 A 195; 31 A 238; 49, 235), können miteinander zu einem Grundstück verbunden werden. Sind mehrere Grundstücke bereits vereinheitlicht worden, so können noch andere Grundstücke zu dieser Einheit hinzutreten, aber nur zu dem Ganzen, nicht zu einem einzelnen Teile, mag dieser früher auch ein selbständiges Grundstück gebildet haben. Sollen die neu hinzutretenden Grundstücke nur mit

einem Teil des Ganzen vereinheitlicht werden, so muß zunächst dieser Teil als selbständiges Grundstück auf dem bisherigen Grundbuchblatte gemäß § 4 GBO (unter besonderer Nummer) oder auf einem anderen Blatte gebucht werden (OLG 2, 407; KGJ 43, 292). Rechte, die den Grundstücken gleichgestellt sind (§ 903 A 2), insbesondere Erbbaurechte, können entsprechend mit Grundstücken oder untereinander vereinheitlicht werden. Dagegen kann ein Miteigentumsanteil (ideeller Grundstücksteil) weder mit einem Grundstück vereinigt noch ihm zugeschrieben werden (§ 873 A 4). Besondere gesetzliche Bestimmungen gelten in dieser Hinsicht nach Landesrecht (Artt 67, 112 EG) für das Bergwerkseigentum und für Bahneinheiten. Im Falle der Teilung eines Grundstücks in mehrere selbständige Grundstücke, worüber das BGB keine Bestimmung trifft, wird an dem dinglichen Rechtszustand regelmäßig nichts geändert. Die Belastungen bleiben an den einzelnen Teilen bestehen. Die Realberechtigten brauchen in die Teilung nicht einzuwilligen (M 3 S. 654, 655). Über die Übertragung der Belastungen auf die nach einem anderen Grundbuchblatt übertragenen Teile vgl. §§ 47 Abs 2, 49 GBO; über Belastung und Entlastung von realen und ideellen Grundstücksteilen § 873 A 4. Sondervorschriften über die Wirkung der Teilung sind gegeben für die Grunddienstbarkeit (§§ 1025, 1026), die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090 Abs 2, 1026) und die Reallast (§ 1108 Abs 2). Vgl. ferner EG Artt 113 (Zusammenlegung von Grundstücken; dazu KGJ 43, 290), 119 Nr 2 (Verbot der Teilung nach Landesrecht), 120 Abs 1, 2 Nr 1 (lastenfreie Abtretung von kleineren Trennstücken ohne Bewilligung der Realberechtigten auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses).

2. Die mehreren Grundstücke **können** nach Abs 1 oder nach Abs 2 vereinheitlicht werden, wenn nicht durch Landesgesetz gemäß dem Vorbehalt in Art 119 Nr 3 EG die Vereinheitlichung untersagt oder beschränkt ist. Nach der Ordnungsvorschrift des § 5 GBO, deren Nichtbeachtung die bewirkte Vereinheitlichung nicht unwirksam macht, soll die Vereinheitlichung nur erfolgen, wenn davon Verwirrung nicht zu besorgen ist. Wann diese Besorgnis gerechtfertigt ist, bestimmt sich nach Lage des einzelnen Falles. Namentlich wird dabei eine Verschiedenheit der Belastung und die sich daraus ergebende Unübersichtlichkeit des Grundbuchs und Schwierigkeit der Zwangsvollstreckung in Betracht kommen (OLG 6, 259; 8, 300; 18, 196; 20, 401; 39, 222).

3. Werden die mehreren Grundstücke **zu einem Grundstücke vereinigt**, so wird nicht das eine Grundstück Bestandteil des anderen, sondern jedes wird Bestandteil des nunmehr einheitlichen ganzen Grundstücks (KGJ 30 A 195; OLG 39, 221). Diese Bestandteile können aber, da sie nicht wesentliche sind, je für sich Gegenstand besonderer Rechte sein. Deshalb bleiben die Teile auch fernerhin gesondert so belastet, wie sie es früher als selbständige Grundstücke waren. Die Belastungen des einen Teiles erstrecken sich nicht auch auf den anderen Teil (RJA 6, 249; KGJ 30 A 195; OLG 39, 221; 39, 223). Eine Gesamthypothek an den beiden bisherigen Grundstücken wird nicht zur Einzelhypothek, vielmehr finden die Vorschriften über die Gesamthypothek (§§ 1132, 1172ff., 1181 Abs 2, 1182) nach wie vor auf sie Anwendung (KGJ 30 A 195; OLG 39 223). Erst nach der Vereinigung können die Teile einheitlich belastet werden, wobei sie dann als ein Grundstück gelten (KGJ 30 A 195; OLG 39, 222). Wegen solcher Belastungen, die nur einen Teil betreffen, kann trotz der Vereinigung die Zwangsvollstreckung in den Teil allein betrieben werden (RJA 6, 249; OLG 39, 223). Soll nach der Vereinigung eine neue Belastung oder sonstige Verfügung nur einen der Teile betreffen, so kommen formellrechtlich, insbesondere hinsichtlich der Wiederabschreibung des Teiles, die §§ 3, 6, 96 GBO zur Anwendung (§ 873 A 4).

4. Nur auf Veranlassung des **Eigentümers** kann die Vereinheitlichung der mehreren Grundstücke nach Abs 1 oder nach Abs 2 bewirkt werden, also nicht von Amts wegen (KGJ 31 A 238; 49, 235). Der gegenüber dem Grundbuchamt (§ 875 A 7) zu stellende Antrag des Eigentümers enthält materiellrechtlich eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, weil rechtliche Folgen mit ihm verbunden sind und ein dem Liegenschaftsrecht unterliegender neuer Gegenstand durch ihn geschaffen werden soll. Daher bedarf er als eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung im Sinne des § 29 Satz 1 GBO formellrechtlich der dort vorgeschriebenen Form (RJA 6, 74; KGJ 31 A 238). Von dieser Erklärung, welche die materiellrechtliche Grundlage für die Vereinheitlichung bildet, ist zu unterscheiden der rein verfahrensrechtliche Eintragungsantrag, der für die Vornahme jeder Eintragung nach § 13 Abs 1 GBO erforderlich ist, dessen Fehlen aber auf die Wirksamkeit der vorgenommenen Eintragung keinen Einfluß hat. Er bedarf nach § 30 GBO keiner Form und kann unter Vorlegung der formgerechten materiellrechtlichen Erklärung des Eigentümers nach § 13 Abs 2 GBO nicht nur von diesem, sondern auch von jedem andern gestellt werden, zu dessen Gunsten die Vereinheitlichung erfolgen soll, z. B. im Falle der Zuschreibung von dem Gläubiger einer auf beiden Grundstücken haftenden Gesamthypothek, der insofern dadurch begünstigt wird, als die Gesamthypothek gemäß § 1131 durch die Zuschreibung zu einer Einzelhypothek auf einem Grundstück wird (RJA 6, 75). Ist eine Vereinheitlichung ohne die materiellrechtliche Erklärung des Eigentümers bewirkt worden oder ist diese Erklärung nicht rechtsgültig, so ist die Vereinheitlichung unwirksam. Die nach dem Gesetz mit einer Vereinheitlichung verbundenen rechtlichen Folgen treten dann nicht ein (JW 1933, 1339[5]). Das Grundbuchamt kann zwar eine solche ungerechtfertigte Vereinheitlichung nicht

nach § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen löschen, da das Gesetz die Vereinheitlichung an sich gestattet und daher die zu Unrecht bewirkte Eintragung nicht ihrem Inhalt nach unzulässig ist. Das Grundbuchamt hat aber, da die Zusammenschreibung eine Eintragung im Sinne der §§ 54, 71 GBO ist (RJA 6, 251), gemäß § 54 Abs 1 Satz 1 GBO von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen; hierzu kann es nach § 71 Abs 2 GBO im Wege der Beschwerde angehalten werden (RJA 6, 252). — Es steht ohne Rücksicht auf die Größe, Lage und Beschaffenheit der Grundstücke im freien Willen des Eigentümers, zu bestimmen, welche von beiden Arten der Vereinheitlichung stattfinden soll. Er muß aber wegen der verschiedenen rechtlichen Folgen (A 3, 6) mit Bestimmtheit angeben, ob eine Vereinigung oder eine Zuschreibung erfolgen soll (KGJ 30 A 195; OLG 39, 221). Hat das Grundbuchamt entgegen dem auf eine Vereinheitlichung gerichteten Antrag des Eigentümers das eine Grundstück, das mit dem anderen vereinheitlicht werden sollte, als selbständiges Grundstück gebucht, sei es auch gemäß § 4 GBO auf einem beiden Grundstücken gemeinschaftlichen Grundbuchblatt (A 1), so steht dem Eigentümer die Beschwerde zu. Denn die vorgenommene Buchung ist keine auf Parteibetrieb erfolgende, mit besonderen rechtlichen Wirkungen versehene Eintragung im Sinne des § 71 Abs 2 Satz 1 GBO (OLG 5, 188). — Der Zustimmung der Realberechtigten, insbesondere der Hypothekengläubiger, bedarf es weder zur Vereinigung noch zur Zuschreibung , da ihre Rechte nicht beeinträchtigt werden und § 890 nur eine Erklärung des Eigentümers erfordert (RJA 6, 249; 12, 156).

5. Die **Eintragung als ein Grundstück** im Falle der Vereinigung hat z. B. in Preußen (§ 8 Abs 1, 3 Nr 2, 3, Abs 4 der AVf v. 20. 11. 99 und Formular A dazu) entweder in der Weise zu geschehen, daß die Grundbuchblätter beider Grundstücke geschlossen werden und für das Gesamtgrundstück ein neues Grundbuchblatt angelegt wird, oder in der Weise, daß auf dem Grundbuchblatt des einen Grundstücks oder auf dem etwa gemeinschaftlichen Grundbuchblatt (§ 4 GBO) die Grundstücke als Gesamtgrundstück unter einer neuen Nummer eingetragen werden, in beiden Fällen mit der Angabe der Vereinigung (RJA 6, 249; KGJ 31 A 238; OLG 5, 188). Die Vereinigung kann nur auf Antrag des Eigentümers wieder aufgehoben werden. Dagegen hat bei der Buchung mehrerer Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt das Grundbuchamt nach § 4 GBO von Amts wegen darüber zu befinden, ob das für die mehreren selbständigen Grundstücke angelegte gemeinschaftliche Grundbuchblatt fortzuführen ist; Anträge Beteiligter, auch des Eigentümers, auf Aufhebung der gemeinschaftlichen Buchung haben hier nur die Bedeutung einer Anregung (KGJ 50, 127; OLG 39, 222). Die Beschwerde eines Hypothekengläubigers über die Beseitigung einer bereits bewirkten Vereinigung ist unzulässig (RJA 6, 247).

6. Wird ein Grundstück zum Bestandteil eines anderen gemacht, so gilt hinsichtlich der rechtlichen Folgen Abweichendes von der Vereinigung (A 3) für die hypothekarischen Rechte (Hypotheken, Grund- und Rentenschulden). Nach §§ 1131, 1192, 1200 erstrecken sich die auf dem Hauptgrundstück bestehenden hypothekarischen Rechte auf das zugeschriebene Grundstück mit der Maßgabe, daß die auf diesem Grundstück lastenden Rechte im Range vorgehen. Dagegen erstrecken sich die Rechte am zugeschriebenen Grundstück nicht auf das Hauptgrundstück. Die Hypotheken auf dem Hauptgrundstück werden durch die Erstreckung auf das zugeschriebene Grundstück nicht zu Gesamthypotheken im Sinne des § 1132, da ihnen auch nach der Zuschreibung nur ein Grundstück, zusammengesetzt aus dem Hauptgrundstück und dem zugeschriebenen Grundstück, haftet (str.) Bestand vor der Zuschreibung eine Gesamthypothek an dem Hauptgrundstück und dem zugeschriebenen Grundstück, so wird die Hypothek durch die Zuschreibung zu einer Einzelhypothek, weil die Hypothek an dem Hauptgrundstück sich auf das zugeschriebene Grundstück erstreckt und die beiden Haftungsobjekte dieser Hypothek nunmehr ein einheitliches Grundstück bilden (RJA 6, 74). Im übrigen gilt dasselbe wie bei der Vereinigung. Da das zugeschriebene Grundstück kein wesentlicher Bestandteil des Hauptgrundstücks ist, behält jedes Grundstück bei dinglichen Rechten anderer Art (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten) seine besondere Belastung. Diese Rechte bleiben durch die Zuschreibung unberührt und erfahren keine Erweiterung ihrer Belastungsobjekte (OLG 11, 332; 20, 401; 39, 221). Dasselbe gilt von Eigentumsbeschränkungen (z. B. der Fideikommißeigenschaft: OLG 5, 314). Aus Art 181 EG ist zu folgern, daß ein nach früherem Recht als Zubehör zugeschriebenes Grundstück — diese Art der Zuschreibung ist jetzt nicht mehr zulässig — seit dem Inkrafttreten des BGB als zugeschriebener Bestandteil zu gelten hat (KGJ 37 A 211; 51, 261). Wird beim Bestehen einer Grunddienstbarkeit das herrschende Grundstück dem dienenden oder das dienende dem herrschenden als Bestandteil zugeschrieben, so ist trotz der Vorschrift des § 889, die sich auf andere Fälle der Vereinigung eines Rechts mit dem Eigentum des belastenden Grundstücks in einer Person bezieht, das Erlöschen der Grunddienstbarkeit anzunehmen. Denn nach § 1018 kann eine Grunddienstbarkeit nur bestehen, wenn ein selbständiges Grundstück als das herrschende einem anderen selbständigen Grundstück als dem dienenden gegenübersteht (KGJ 51, 261; § 1018 A 5 Abs 2).

7. Die **Zuschreibung** erfolgt z. B. in Preußen (§ 8 Abs 1, 3 Nr 2, 3, Abs 4 der AVf v. 20. 11. 99 und Formular A dazu) in der Weise, daß das Hauptgrundstück und das zugeschriebene Grundstück auf dem Grundbuchblatt des Hauptgrundstücks unter neuer Nummer mit Angabe der Zuschreibung

eingetragen werden (KGJ 31 A 238; 36 A 191). Über die Ablehnung des von dem Eigentümer gestellten Antrags auf Zuschreibung kann sich auch der Hypothekengläubiger beschweren, dem eine Gesamthypothek an beiden Grundstücken zusteht (RJA 6, 73, aber auch 12, 157).

§ 891

Ist im Grundbuche [1]) für jemand [2]) ein Recht eingetragen [3]), so wird vermutet [4]), daß ihm das Recht zustehe [5]).

Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht [3]) gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe [6]).

E I 826 II 809; M 3 138 ff., 153 ff.; P 3 48 f.

1. Ist das **Grundbuch** im Sinne des Art 186 EG als angelegt anzusehen (in Preußen gelten nach § 87 GBO, Art 3 VO über das Grundbuchwesen v. 23. 11. 99 die bisher geführten Grundbücher mit dem Inkrafttreten des BGB als Grundbücher im Sinne der Reichsgesetze), so gelten die Vorschriften des § 891 auch für die nach früherem Rechte begründeten Rechte (**RG** 104, 318; 127, 261; JW 1912, 145[22]; 1912, 196[18]; Gruch 56, 598; 57, 989). Ob ein Recht nach den früheren Gesetzen zur Begründung der Eintragung bedurfte oder außerhalb des Grundbuchs begründet werden konnte, ob also seine Eintragung rechtsbegründende (konstitutive) oder nur feststellende (beurkundende, deklarative) Wirkung hatte (Vorbem 3 c vor § 873), ist für die Anwendung des § 891 belanglos. Ebensowenig kommt es darauf an, ob nach den früheren Gesetzen eine dem § 891 ähnliche Vermutung für das Recht galt oder nicht (str.; M des EG 267; **RG** 62, 100; JW 1912, 145[22]; 1912, 196[18]). Allerdings sind für die Frage, ob ein älteres Recht wirklich begründet worden ist und welchen Inhalt es hat, die früheren Gesetze maßgebend, soweit nicht besondere Ausnahmevorschriften nach dieser Richtung gegeben sind (Artt 181 ff., 184, 192—195 EG). Darum handelt es sich aber im § 891 nicht. Hier wird vielmehr dem Grundbuch eine besondere Beweiskraft beigelegt. Diese muß für und gegen alle Rechte gelten, auf die sich ein dem Liegenschaftsrecht des BGB entsprechend angelegtes Grundbuch bezieht. Daher steht ohne Ausnahme auch demjenigen, dessen eingetragenes Recht unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründet worden ist, die Vermutung aus Abs 1 § 891 zur Seite und demjenigen, dessen unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründetes Recht gelöscht worden ist, die Vermutung aus Abs 2 § 891 entgegen (**RG** 62, 100; JW 1912, 145[22]; 1912, 196[18]; Warn 1912 Nr 258; Gruch 51, 609). Aus dem von der Gegenmeinung herangezogenen Urteile **RG** JW 03 Beil 54 ergibt sich nichts Gegenteiliges. Dort ist nur ausgesprochen, daß für die Anwendung des § 891 der Inhalt des neuen Grundbuchs, nicht der eines nach früherem Rechte angelegt gewesenen Grundbuchs maßgebend sei. Handelt es sich um ein subjektiv- und objektiv-dingliches Recht (Grunddienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Reallast: §§ 1018, 1094, 1105), so ist der Inhalt seiner Eintragung auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks maßgebend, auch wenn der etwa gemäß § 8 GBO in das Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks aufgenommene Vermerk davon abweicht (§ 873 A 11; § 1018 A 5).

2. Derjenige, **für den ein Recht eingetragen ist**, muß deutlich bezeichnet sein, wenn die Vermutung aus Abs 1 zu seinen Gunsten ohne weiteres gelten soll. Andernfalls hat er sich als den nach dem Grundbuchvermerk gemeinten Inhaber des Rechts besonders auszuweisen (**RG** JW 1912, 145[22]). Über Eingetragensein eines bereits zur Zeit der Eintragung Verstorbenen, eines Geschäftsunfähigen, eines nicht Rechtspersönlichkeit Besitzenden vgl. A 5. Ist ein Recht für mehrere eingetragen, so muß sich, sofern § 891 Abs 1 auch das Rechtsband zwischen ihnen ergreifen soll, aus dem Grundbuch ergeben, um welche Art von Gemeinschaft es sich handelt, ob eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff., z. B. Miteigentum: § 1008) vorliegt oder eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesellschaft: §§ 705 ff.; allgemeine und fortgesetzte Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft: §§ 1438, 1442, 1471 Abs 2, 1483, 1519; Erbengemeinschaft: § 2032). Eine Vermutung für die eine oder die andere Art der Gemeinschaft besteht nicht. Nach § 48 GBO soll, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen wird, in dem Eintragungsvermerk entweder die Angabe der Anteile der Berechtigten in Bruchteilen oder die Bezeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses aufgenommen werden. Wenn diese Ordnungsvorschrift außer acht gelassen ist, muß derjenige, der eine bestimmte Art der Gemeinschaft behauptet und darauf Rechte, insbesondere seine Befugnis zur Verfügung (§§ 719, 747, 1442 ff., 2033) gründet, das Bestehen dieser Gemeinschaft besonders nachweisen (RJA 5, 125; OLG 1, 301; 4, 327; 8 S. 304, 305; KGJ 20, 304; 21, 120; 27, 143). Ergibt sich jedoch aus dem Grundbuch wenigstens, daß unter den mehreren Berechtigten eine Gemeinschaft (z. B. Miteigentum) nach Bruchteilen besteht, so ist nach §§ 742, 747 im Zweifel anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen und jeder über seinen Anteil zu verfügen berechtigt ist. Bei Briefhypotheken findet die gesetzliche Vermutung ihre Schranke an den für diese Hypotheken geltenden besonderen Vorschriften, namentlich an den §§ 1117 Abs 1, 3, 1154, 1155, in denen der Erwerb und die Übertragung der Briefhypothek außerhalb des Grundbuchs zugelassen

und geregelt ist (RG Warn 1917 Nr 56). Vgl. auch § 1160, wonach es zur Geltendmachung der Hypothek auf Verlangen noch der Vorlegung des Hypothekenbriefs bedarf. Ist ein objektiv-dingliches Vorkaufsrecht oder Reallastrecht für eine bestimmte Person bestellt (§ 1094 Abs 1, § 1105 Abs 1), vom Grundbuchamt aber (z. B. wegen unrichtiger Auffassung des Bestellungsakts) auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks (A 1; § 873 A 11) zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks (§ 1094 Abs 2, § 1105 Abs 2) eingetragen worden, so wird nach § 891 Abs 1 vermutet, daß das Recht diesem Grundstück als ein subjektiv-dingliches Recht zustehe, bis die Vermutung widerlegt und nachgewiesen ist (A 4), daß das Recht tatsächlich nur ein subjektiv-persönliches ist (RG 104, 318).

3. § 891 bezieht sich nur auf **Rechte an einem Grundstück,** also auf das Grundeigentum und die ein Grundstück belastenden, begrenzten dinglichen Rechte (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, dingliches Vorkaufsrecht, Reallasten, hypothekarische Rechte). Verfügungsbeschränkungen sind keine Rechte am Grundstück (§ 874 A 1) und fallen daher nicht unter § 891 (Prot 3, 49; KGJ 52, 168; s. aber hier Abs 3). Indessen sind die aus einer Nacherbschaft und die aus einer Testamentsvollstreckerschaft sich ergebenden einschränkenden Rechte, die unter den Voraussetzungen der §§ 52, 53 GBO von Amts wegen in das Grundbuch eingetragen werden müssen, als Rechte im Sinne des § 891 zu erachten (str.; ZBlFG 10, 637; KGJ 40 A 196; vgl. § 892 A 11 Abs 2; § 894 A 1 d; a. M. KGJ 52, 168). Wenn diese Beschränkungen der Verfügungsbefugnis des Vorerben oder des Erben eingetragen sind, wird also nach Abs 1 vermutet, daß der (als durch die Beschränkung Geschützter) Eingetragene Nacherbe oder Testamentsvollstrecker ist. Sind die zunächst eingetragenen Beschränkungen wieder gelöscht worden, so wird nach Abs 2 vermutet, daß die Nacherbschaft oder die Testamentsvollstreckerschaft nicht besteht (str.; a. M. KGJ 52, 168). Dabei ist aber zu beachten, daß die Verfügungsbeschränkungen zur Wirksamkeit an sich der Eintragung nicht bedürfen. Wenn sie nicht eingetragen sind, sind sie nach § 892 Abs 1 Satz 2 nur einem hinsichtlich ihres Nichtbestehens gutgläubigen rechtgeschäftlichen Erwerber gegenüber nicht wirksam. Beruht daher die Löschung nicht auf einem Verzicht auf das Nacherbenrecht oder die Testamentsvollstreckerschaft überhaupt oder doch auf die durch die Eintragung gesichert gewesene Rechtsstellung für den Einzelfall (KGJ 52, 169), so kann die Vermutung des Nichtbestehens ohne weiteres durch die zugrunde liegende letztwillige Verfügung widerlegt werden. Keine Rechte im Sinne des § 891 sind die Widersprüche, da sie nur zum Schutze außerhalb des Grundbuchs bestehender dinglicher Rechte dienen (RG JW 1910, 149[13]). Auch auf Vormerkungen ist § 891 nicht zur Anwendung zu bringen (§ 883 A 1, 8; aber hier Abs 3). Nicht eintragungsfähige Rechte (Vorbem 2 vor § 873), die trotzdem eingetragen sind, gelten nicht als eingetragene Rechte im Sinne des § 891. Denn diese Einschreibungen sind ihrem Inhalt nach unzulässig (§ 54 Abs 1 Satz 2 GBO); § 891 betrifft aber nur solche Rechte, die ihrem Inhalt nach zulässigerweise eingetragen sind (RG 62, 101; 88, 86; JFG 1, 499). Auch für öffentliche Rechte (z. B. gemeines Eigentum des preußischen Staates an öffentlichen Flüssen nach dem früher geltenden § 21 ALR II 14; Bezeichnung einer Apotheke im Grundbuch als Hofapotheke), die in das Grundbuch eingetragen worden sind, hat § 891 keine Bedeutung. Denn das Grundbuch ist nur dazu bestimmt, über die privatrechtlichen Verhältnisse eines Grundstücks oder einer ihm gleichstehenden Gerechtigkeit Auskunft zu geben (RG 80, 366; Warn 1914 Nr 283; Gruch 57, 989; 58, 949). Ferner erstreckt sich die Rechtsvermutung des § 891 nicht auf solche im Grundbuch enthaltenen Vermerke, die auf den Inhalt, Umfang oder Gegenstand der eingetragenen Rechte keinen Bezug haben. Ein solcher Vermerk ist z. B. die Angabe über die Höhe des Kaufpreises. Weiter ist aus § 891 keine Vermutung zu entnehmen für eine bestimmte rechtliche Natur der Eintragung und für die Frage, ob das Eingetragene nach seiner rechtlichen Natur etwa kraft späterer Gesetzgebung nicht mehr rechtsbeständig ist (z. B. ein Vorkaufsrecht infolge des PrAblösungsges. v. 2. 3. 50). Vielmehr sind Inhalt und rechtliche Natur der Eintragung aus dem Eintragungsvermerk und den zugrunde liegenden Urkunden zu bestimmen (RG JW 1912, 196[18]).

In den Gesetzesvorarbeiten (Prot 3, 49; M z. E I z. GBO 35; DS zu § 2 E II GBO) wird mehrfach von „tatsächlichen Umständen" oder **„Angaben tatsächlicher Natur"** gesprochen, auf die weder die Rechtsvermutung des § 891 noch der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 Anwendung finden soll. Als Beispiele hierfür werden angeführt die Angaben über Lage und Größe des Grundstücks. Diese Bemerkungen haben in der Rechtslehre zu zahlreichen Meinungsverschiedenheiten darüber geführt, ob und inwieweit die auf das Grundstück bezüglichen Bestandsangaben den Vorschriften der §§ 891, 892 unterliegen. Richtig erscheint folgendes: Die Rechtsvermutung und der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstrecken sich nicht nur auf den gesamten Inhalt der eingetragenen Rechte und auf den Umfang der mit ihnen verbundenen Befugnisse, wie sie sich aus den besonderen Eintragungsvermerken für die Rechte ergeben, sondern auch auf den Gegenstand, an dem die Rechte bestehen. Denn auch das, worauf die Rechte eingetragen sind und was sie demgemäß im Falle ihrer Unbeschränktheit der Verfügungsmacht ihres Inhabers zuweisen oder, wenn sie beschränkte Rechte sind, als Haftungsobjekt ergreifen, gibt ihnen besondere rechtliche Bedeutung (RG 73, 128; Gruch 58, 198; 68, 71; KGJ 27 A 91, jedoch auch RG 61, 193; a. M. OLG 15, 335). Namentlich ist bei dem

unbeschränkten Eigentumsrecht der Gegenstand, an dem es besteht, das wesentlichste Merkmal für seine Umgrenzung. Die durch § 891 gewährte Vermutung für das Bestehen des Eigentums kann für den eingetragenen Eigentümer nur dann zur vollen Geltung kommen, wenn sie sich auch darauf erstreckt, was nach dem Inhalt des Grundbuchs das Eigentumsrecht umfaßt. Erst hieraus ergibt sich das Eigentumsrecht in vollem Maße so, wie es im Einzelfalle besteht (RG 68, 24; 73, 129). Auch für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs läßt sich das Eigentumsrecht nicht von seinem Gegenstande trennen. Der Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 umfaßt bezüglich des Eigentums notwendigerweise auch dessen Gegenstand, da nur so das im Einzelfalle bestehende Sondereigentum an einem Teil der Erdoberfläche mit zur Darstellung gebracht wird (RG 68, 24; 73, 129; Gruch 58, 198; 68, 70). Daher sind diejenigen beschreibenden Angaben, aus denen zu entnehmen ist, welche Teile der Erdoberfläche in den Bereich der Herrschaft der im Grundbuch eingetragenen Rechte, namentlich des Eigentumsrechts, fallen, ebensowenig tatsächliche Angaben wie die für die einzelnen Rechte eingetragenen, ihren Inhalt und Umfang darstellenden Vermerke. Worauf die Angaben beruhen, ob sie, wie § 2 Abs 2 GBO vorschreibt, einem amtlichen Verzeichnisse (z. B. in Preußen den Grund- und Gebäudesteuerbüchern) entnommen sind oder nicht, ist gleichgültig. Der Inhalt des Grundbuchs in der Darstellung der zu dem einzelnen, räumlich begrenzten Eigentum gehörigen Flächen des Grund und Bodens ist maßgebend (RG 73, 129). Als eine solche Darstellung müssen z. B. in Preußen auch die im Bestandsverzeichnisse gemäß Art 2 VO betr. das Grundbuchwesen v. 13. 11. 99 und § 3 Allg. Verf. z. Ausf. der GBO v. 20. 11. 99 aufgeführten, aus dem Kataster entnommenen Nummern der Flächenabschnitte (Parzellennummern) gelten (RG 73, 129; JW 1910, 813[32]; Gruch 58, 198; 68, 70). Auf Grund dieser Nummern sind in der Örtlichkeit die Grundflächen festzustellen, die von dem Eigentum umfaßt werden. Für diese Grundflächen gilt daher die Vermutung aus § 891 Abs 1, daß sie dem eingetragenen Eigentümer gehören; auf sie erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 (RG 73, 129; JW 1910, 813[32]; Gruch 58, 198; 68, 70; KGJ 25 A 98; 25 A 106; 27 A 92; aber auch RG Gruch 46, 1157; JW 01, 42[25]; OLG 2, 492; 10, 80; a. M. 15, 335). Auch wenn, wie bei einer großen Zahl von Parzellen zur Vermeidung der Unübersichtlichkeit des Grundbuchs in Preußen zugelassen ist, der Bestand des Grundstücks unter einer Gesamtbezeichnung und unter Weglassung der einzelnen Parzellennummern lediglich durch Bezugnahme auf die Artikel der Grundsteuermutterrolle angegeben ist, erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf die in den Artikeln der Grundsteuermutterrolle aufgeführten Parzellen (RG JW 1927, 44[8]). Anders verhält es sich mit solchen Angaben, die nicht eine Darstellung des räumlichen Umfangs und der Begrenzung des Grundstücks enthalten, sondern dem Grundstück lediglich einen Namen geben oder über besondere Eigenschaften des Grundstücks berichten (z. B. Rittergut, Bauerngut, Kulturart, Reinertrag, Nutzungswert). Solche Angaben sind rein tatsächlicher Natur und unterliegen daher nicht den Vorschriften der §§ 891, 892 (RG 73, 129). Dasselbe gilt von den Angaben über die auf dem Grundstück errichteten Gebäude (RG Warn 1924 Nr 98). Was die Angaben über die Lage und die Größe anlangt, so werden sie sich in der Regel ebenfalls lediglich auf eine Beschaffenheit, eine Eigenschaft des Grundstücks beziehen (z. B. wenn es heißt: „in der Nähe der Stadt N belegen, im Kreise X", oder wenn auf Grund einer Neuvermessung innerhalb der alten Grenzen eine neue Größenangabe eingeschrieben ist). Dann finden auf diese Angaben die Vorschriften der §§ 891, 892 keine Anwendung (RG 73, 128; KGJ 27 A 91; 30 A 206; OLG 8, 213; aber auch RG 61, 194; Gruch 46, 1157). Unter besonderen Umständen (z. B. wenn nicht die einzelnen Parzellennummern aufgeführt sind, sondern nur ein Gesamtname des Grundstücks angegeben ist) können aber ausnahmsweise die Beschreibungen der Lage und die Größenangaben derartige sein, daß sie den räumlichen Umfang und die Begrenzung des Grundstücks zur Darstellung bringen. Dann sind diese Angaben nicht rein tatsächlicher Natur (RG 73, 128). Auch bei den das Grundstück belastenden Rechten kommt es darauf an, ob die hierauf bezüglichen, aus dem Grundbuch ersichtlichen Tatsachen den Inhalt und Umfang des Rechts mitbestimmen oder ob sie nur rein tatsächliche Bedeutung haben und Rechtsfolgen sich mit ihnen nicht verbinden (JW 1926, 2581[2]; 1927, 274[3]). Unter Rechten im § 891 (und § 892) sind schließlich nur Privatrechte zu verstehen. Handelt es sich um die Frage, ob ein Grundstück (z. B. See, Fluß) eine des Privateigentums fähige Sache oder dem Privatrechtsverkehr entzogen ist, so kann für die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch weder die Vermutung aus § 891 noch der öffentliche Glaube aus § 892 angerufen werden, da das Grundbuch zum Beweise solcher Verhältnisse nicht bestimmt ist (RG 80, 367; Gruch 55, 1152). Dahin gehört auch die im Grundbuch enthaltene Bezeichnung einer Grundfläche als öffentlicher Weg (RG V 278/03).

Bei Eintragungen, auf die § 891 keine Anwendung findet, weil sie nicht Rechte am Grundstück betreffen, mit deren Inhalt aber doch rechtliche Wirkungen verbunden sind, ist aus ihrer Aufnahme in das Grundbuch, also in eine öffentliche Urkunde, gemäß § 418 Abs 1 ZPO im Streitfalle voller Beweis für das tatsächliche Bestehen ihres Inhalts zu entnehmen. Gegen diesen Beweis ist nach § 418 Abs 2 ZPO der Beweis der Unrichtigkeit zulässig. Dies trifft besonders für Verfügungsbeschränkungen, Vormerkungen und Widersprüche zu (Prot 3, 49; str.,

insbesondere auch, ob die Eintragungen nur als Urkunden über getroffene Entscheidungen einer Behörde im Sinne des § 417 ZPO zu erachten sind).

4. Die **Vermutung** hinsichtlich des eingetragenen Rechts (Abs 1) **wirkt nicht nur für den eingetragenen Berechtigten, sondern auch gegen ihn** (**RG** 95, 164). Die Vermutung hinsichtlich des gelöschten Rechts (Abs 2) wirkt nicht nur gegen, sondern auch für denjenigen, der durch die Löschung betroffen worden ist. Insbesondere ist der als Eigentümer Eingetragene zur Einlassung verpflichtet (passiv legitimiert) auf jeden Anspruch, der gegen ihn als Eigentümer erhoben wird (OLG 8, 186). Vgl. auch **RG** 95, 160 über die Zulässigkeit der grundbuchlichen Vollziehung eines Urteils, das der Eigentümer gegen den als Hypothekengläubiger eingetragenen Scheinzessionar auf Einräumung des Vorrangs vor einer anderen Hypothek nach § 826 erstritten hat, weil der Scheinzedent sich ihm gegenüber verpflichtet hatte, der anderen Hypothek, falls sie eingetragen werde, den Vorrang einzuräumen. Überhaupt kann sich auf die Vermutungen des § 891 nicht wie im § 892 bloß ein dritter Erwerber, sondern jeder berufen, der an dem Bestehen des eingetragenen Rechts oder an dem Nichtbestehen des gelöschten Rechts ein rechtliches Interesse hat (RJA 11, 64). Auch dem Eigentümer und Schuldner, der von dem Inhaber eines eingetragenen Rechts in Anspruch genommen wird, steht sie zur Seite (**RG** V 243/03). Die kirchenrechtliche Vermutung, daß Friedhöfe im Eigentum der Kirchengemeinde (kirchlichen Anstalt) stehen (§§ 183, 190 II 11 PrALR), greift gegenüber der Vermutung des § 891 nicht durch, wenn ein anderer als Eigentümer eines Friedhofs eingetragen ist (**RG** JW 1912, 145[22]).

Die Vermutungen sind **auch für das Grundbuchamt bei Vornahme einer Eintragung maßgebend** (RJA 11, 64; KGJ 26 A 150; 29 A 148; 35 A 303; 43, 240; 52, 169; OLG 18, 118; JW 1932, 1562[1]; vgl. **RG** Warn 1913 Nr 199). Insbesondere hat das Grundbuchamt denjenigen, der als Berechtigter des von einer Eintragung betroffenen Rechts eingetragen ist, als den wirklich Berechtigten anzusehen. Das Bestehen einer Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, daß die Eintragung unrichtig ist, hat für das Grundbuchamt außer Betracht zu bleiben (RJA 5, 125; KGJ 20 A 183; 22 A 198; 29 A 145; 35 A 303; 40 A 199, 296; 43, 237; 52, 170; OLG 18, 118; JW 1932, 1562[1]). Nur dann, wenn sich aus den urkundlichen Erklärungen der Beteiligten oder aus den Grundakten mit Sicherheit ergibt, daß die Eintragung unrichtig ist (z. B. daß der Hypothekengläubiger infolge Befriedigung nicht mehr Inhaber des Hypothekenrechts ist oder daß der Güterstand unter Eheleuten tatsächlich ein anderer als der eingetragene ist), kann wegen der etwa daraus sich ergebenden Anstände die beantragte Eintragung abgelehnt werden (RJA 1, 162; 5, 215; KGJ 20 A 281; 23 A 117; 28 A 92; 29 A 186; 35 A 303; 40 A 294; 43, 240; OLG 8, 305; vgl. **RG** Warn 1913 Nr 199). Dagegen darf der Grundbuchrichter Tatsachen, die ihm sonst (z. B. als Prozeßrichter), insbesondere aus anderen Akten, bekannt geworden sind, nicht gegen die Vermutung aus § 891 zur Beanstandung eines Eintragungsantrags berücksichtigen, da die Kenntnis außerhalb seiner amtlichen Tätigkeit als Grundbuchrichter liegt (a. M. KGJ 25 A 117; RJA 11, 63). Auch darf das Grundbuchamt die Unrichtigkeit nicht annehmen, wenn die Möglichkeit besteht, daß sie nach Maßgabe der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892 f.) behoben ist (§ 892 A 2 Abs 3; KGJ 31, 271; 41, 225; 52, 145; OLG 6, 198; a. M. KGJ 40, 265). Ferner ist zu beachten, daß eine frühere Eintragung wegen Fehlens lediglich formellrechtlicher Voraussetzungen für ihre Vornahme noch nicht unrichtig ist (RJA 1, 128; unten Abs 3).

Die Vermutungen können nach § 292 ZPO, soweit sich nicht aus dem Gesetze etwas anderes ergibt (vgl. z. B. § 892 Abs 1 Satz 1, § 1141 Abs 1 Satz 2, § 1148; dazu **RG** 49, 8), **durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden** (**RG** 116, 181). Die Widerlegung ist freilich nicht jedermann freigegeben. Vielmehr muß der Widerlegende ein rechtliches Interesse an ihr haben (**RG** 92, 70; Warn 1910 Nr 64; Gruch 26, 1119; 54, 1001). Jedoch steht ein solches Interesse und somit der Gegenbeweis jedem zu, der ein das eingetragene Recht ausschließendes oder einschränkendes Recht besitzt oder sonst durch die Eintragung in seinem Recht beeinträchtigt wird (**RG** Warn 1910 Nr 64; JW 1911, 944[10]). Auch der von dem Bucheigentümer auf Herausgabe in Anspruch genommene Besitzer einer Parzelle, der selbst sein Eigentum nicht nachzuweisen vermag, kann geltend machen, jedenfalls habe der Eingetragene (z. B. weil nach seinem und seines Rechtsvorgängers übereinstimmendem Willen die Parzelle nicht Gegenstand des Erwerbs sein sollte) Eigentum nicht erworben (**RG** JW 1911, 944[10]). Der Gegenbeweisführer hat die Tatsachen (OLG 15, 109) darzulegen und nachzuweisen, aus denen hervorgehen soll, daß das eingetragene Recht trotz der Eintragung nicht entstanden oder zwar entstanden, demnächst aber erloschen ist (Abs 1), oder daß das gelöschte Recht trotz der Löschung nicht untergegangen ist (Abs 2). Einen solchen Gegenbeweis hat auch der (z. B. auf Grund eines Zeugnisses über 44jährigen Besitz eingetragene) Eigentümer zu führen, der aus einem eingetragenen begrenzten Recht in Anspruch genommen wird und sein Eigentum oder das Recht bestreitet (**RG** JW 03 Beil 91; V 62/02; V 532/03; OLG 8, 186; 15, 109). Der Gegenbeweis kann insbesondere auch darauf gerichtet werden, daß die erforderliche Einigung über die Begründung des eingetragenen Rechts (§ 873) oder die erforderliche Aufgabeerklärung des Berechtigten hinsichtlich des gelöschten Rechts (§ 875) gänzlich fehlt oder nichtig ist oder einen anderen Inhalt hat (**RG** JW 03 Beil 91; 1910, 149[13]; 1911, 944[10]; OLG 8, 186; 15, 109). Bei einer Verkehrshypothek

kommt nach § 1138 ferner in Betracht der Beweis, daß die eingetragene Forderung nicht entstanden oder erloschen ist (RG 49, 8; 51, 45; JW 1922, 489 [13]; KGJ 29 A 186; 35 A 302; s. unten). Der Gegenbeweis hat lediglich zum Gegenstande, daß das eingetragene Recht wirklich (materiell) nicht besteht. Die Vermutung kann nicht schon durch den Nachweis entkräftet werden, daß die formellen Voraussetzungen für die Eintragung nicht gegeben gewesen seien, daß insbesondere nach den eingereichten Urkunden die Eintragung (z. B. des Eigentums auf Grund eines angeblich widerspruchsvollen Zeugnisses über 44jährigen Besitz) vom Grundbuchrichter nicht hätte vorgenommen werden sollen. Denn das Eingetragensein als solches gewährt die Vermutung für das Bestehen des eingetragenen Rechts ohne Rücksicht darauf, wie es zu der Eintragung gekommen ist. Aus dem Mangel formeller Voraussetzungen allein ergibt sich das Nichtbestehen des Rechts (die Unrichtigkeit des Grundbuchs) nicht (RG JW 1912, 145 [22]; RJA 1, 128). Der Gegenbeweis muß jede Möglichkeit ausräumen, daß das eingetragene Recht, sei es auch in anderer Weise, zur Entstehung gelangt ist und daß das gelöschte Recht auf andere Weise erloschen ist. Solange dies nicht geschehen ist, ist sowohl der Grundbuchrichter (s. oben) als auch der Prozeßrichter an die gesetzliche Vermutung gebunden (RG 57, 322; 92, 71; JW 05, 318 [4]; 06, 18 [17]; 1922, 489 [13]; Gruch 57, 989). Daher genügt z. B. zur Widerlegung der Vermutung, daß der als Eigentümer Eingetragene Grundstückseigentümer sei, nicht der Nachweis, daß der Rechtsakt nichtig ist, auf Grund dessen die Eigentumseintragung erfolgt ist (z. B. die Auflassung infolge Irrtumsanfechtung oder wegen fehlender Verfügungsbefugnis des Rechtsurhebers). Vielmehr muß dargetan werden, daß das Eigentum des Eingetragenen auch nicht auf andere Weise erworben sein kann (RG 127, 281). Beruft sich der als Eigentümer Eingetragene, nachdem der Gegenbeweis geführt ist, daß derjenige, von dem er sein Eigentum ableitet, nicht Eigentümer war, auf eigene Ersitzung (nach früherem Recht), so liegt nicht ihm hierfür die Darlegungs- und Beweispflicht ob, sondern der Gegenbeweisführer muß auch diesen Rechtsgrund widerlegen (RG Gruch 57, 989). Klagt der Eigentümer, auf dessen Grundstück auf Grund seines Bekenntnisses in der Schuldurkunde, ein Darlehn erhalten zu haben, eine Hypothek für das Darlehn eingetragen ist, gegen den eingetragenen Gläubiger auf Löschung der Hypothek mit der Behauptung, das Darlehn tatsächlich nicht erhalten zu haben, so liegt ihm, wenn der Gläubiger zugesteht, das Darlehn nicht bar gegeben zu haben, aber behauptet, eine ihm gegen den Eigentümer zustehende andere Forderung sei durch Vereinbarung (§ 607 Abs 2) in eine Darlehnsforderung umgewandelt und der Hypothekbestellung zugrunde gelegt worden, nach §§ 891, 1138 die Widerlegung dieser Behauptung ob (RG JW 1922, 489 [13]; § 894 A 5). Es muß auch dargetan werden, daß die ursprüngliche Unrichtigkeit der Eintragung nicht nach den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs behoben ist (oben Abs 2). Eine tatsächliche Vermutung für die Unrichtigkeit steht dem Beweise der Widerlegung der Richtigkeit einer Eintragung nicht gleich (RG JW 1922, 489 [13]). Der Richter kann aber aus einer solchen Vermutung unter Umständen nach freier Überzeugung (§ 286 ZPO) entnehmen, daß der Beweis der Widerlegung geführt sei.

Die Vermutungen können bei eingetragenen Rechten dann nicht Platz greifen, wenn sich **auf verschiedenen Grundbuchblättern entgegengesetzte Eintragungen** finden. Denn da für die Eintragung auf dem einen Grundbuchblatt die gleiche Vermutung sprechen würde wie für die auf dem anderen Grundbuchblatt, heben sich beide Vermutungen gegenseitig auf (RG 56, 60; Gruch 53, 874). Dies gilt besonders für den Fall, daß dieselbe Parzelle verschiedenen Eigentümern im Grundbuch (versehentlich) zugeschrieben (RG 56, 58, auch 11, 278; 13, 248; 29, 205; 39, 241; 39, 256; Gruch 33, 1069; JW 95, 458 [23]; 00, 573 [22]; KGJ 39 A 158) oder für einen Eigentümer auf mehreren Grundbuchblättern eingetragen ist. In dem ersten Falle muß derjenige, der das Eigentum an der Parzelle in Anspruch nimmt, nicht nur gegenüber dem anderen als Eigentümer Eingetragenen, sondern auch gegenüber jedem Dritten nachweisen, daß er nach den Grundsätzen des materiellen Rechts über den Eigentumserwerb wirklich Eigentum an der Parzelle erworben hat (RG 56, 60, auch 39, 243; 39, 256; JW 95, 458 [23]; Gruch 33, 1069). Ist die Parzelle deswegen doppelt gebucht, weil sie bei der Übertragung des Eigentums auf einen anderen nicht im Grundbuchblatt des Stammgrundstücks gelöscht worden ist, so ist der Erwerber zwar Eigentümer geworden, kann sich aber nicht wegen seiner Eintragung als Eigentümer auf die Vermutung des § 891 berufen, sondern muß seinen Eigentumserwerb nachweisen (vgl. jedoch RG 56, 61). In dem zweiten Falle muß derjenige, der die Parzelle aus einem für ihn auf dem einen Grundbuchblatt eingetragenen Recht als Befriedigungsobjekt in Anspruch nimmt, nachweisen, daß die Parzelle ausschließlich zu dem mit seinem Recht belasteten Grundstück gehört. In diesen Fällen versagt auch die Wirkung eines Rechtserwerbs in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs nach § 892. Denn das Grundbuch umfaßt den gesamten Inhalt aller Grundbuchblätter. Daher kann das auf dem einen Grundbuchblatt Eingetragene insoweit nicht als richtig gelten, als auf einem anderen Grundbuchblatt Entgegengesetztes eingetragen ist (RG 13, 248; 29, 205; JW 00, 573 [22]; 1933, 1339 [5]: auch für Doppelbuchung auf demselben Grundbuchblatt). In dem zuerst genannten Falle erlangt also derjenige, dem der als Eigentümer der doppelt gebuchten Parzelle Eingetragene das Eigentum

an der Parzelle überträgt oder ein begrenztes dingliches Recht bestellt, nur dann das Eigentum oder das Recht, wenn der Veräußernde wahrer Eigentümer der Parzelle ist. In dem zweiten Falle erwirbt, wenn der Eigentümer die Parzelle unter Ausnutzung der Doppelbuchung nacheinander an verschiedene Erwerber veräußert, derjenige das Eigentum, der das Grundstück erwirbt, zu dem die Parzelle wirklich gehört. Jedoch wird in der Regel anzunehmen sein, daß der Eigentümer die Parzelle dem ersten Erwerber als zu dem an ihn veräußerten Grundstück gehörig mitveräußert hat, auch wenn sie bisher nicht zu diesem Grundstück gehört hat. Wenn das der Fall ist, wird zu folgern sein, daß der erste Erwerber Eigentümer geworden ist.

Ein bei einer Eintragung vermerkter Widerspruch beseitigt die Vermutung nicht. Denn er ist nur eine vorläufige Eintragung zum Schutz des angeblich außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechts gegen die Wirkung eines gutgläubigen Erwerbs und hat für sich allein keine Beweiskraft gegenüber dem Rechte, gegen das er sich richtet. Erst im Falle endgültiger Feststellung des gesicherten Rechts erweist sich die Eintragung als unrichtig (str.; wie hier **RG** HRR 1932 Nr 317).

5. Aus der **Vermutung, daß das eingetragene Recht dem Eingetragenen zusteht,** folgt, daß bis zum Beweise des Gegenteils (A 4) der als Berechtigter Eingetragene als wirklicher Berechtigter und das Recht als materiell bestehend gilt, wie es eingetragen ist (**RG** 116, 181). Der als Eigentümer Eingetragene kann alle Eigentumsansprüche geltend machen, insbesondere auch die Herausgabe der auf dem Grundbuchblatt verzeichneten Grundstücke (A 3 „tatsächliche Angaben") verlangen, ohne den Nachweis erbringen zu müssen, daß und auf welche Weise er das Eigentum daran erworben hat. Anderseits kann auch ohne weiteren Nachweis gegen ihn als Eigentümer geklagt und die Zwangsvollstreckung (§§ 866, 869 ZPO; § 17 ZVG) in die Grundstücke, die als sein Eigentum eingetragen sind, betrieben werden (OLG 8, 186). Entsprechendes gilt für die eingetragenen begrenzten Rechte (A 4). Auf den Zeitpunkt des Erwerbs am Eintragungstage bezieht sich die Vermutung aber nicht (**RG** HRR 1929 Nr 950; **RG** 4. 2. 31 V 350/29). Voraussetzung für die Vermutung ist nicht, daß zur Entstehung oder zum Erwerb des Rechts die Eintragung notwendig war. Auch dann, wenn das Recht bereits außerhalb des Grundbuchs entstanden oder von dem Eingetragenen erworben war (z. B. das Eigentum nicht durch Auflassung, sondern durch Erbfolge) und das entstandene Recht oder der Erwerb durch die Eintragung nur beurkundet worden ist (A 1), gilt die Vermutung (**RG** 2, 229; 28, 227). Bei begrenzten dinglichen Rechten erstreckt sie sich aber nur auf das Recht selbst, nicht auch auf den persönlichen Anspruch, der etwa damit verbunden ist (**RG** 60, 249). Eine Ausnahmevorschrift enthält § 1138 für die Verkehrshypothekenforderung (**RG** 49, 8; 51, 45). Sonderbestimmungen über den Erwerb und die Geltendmachung einer Hypothek enthalten ferner die §§ 1117, 1141 Abs 1 Satz 2, 1148 (dazu **RG** 49, 8), 1155, 1160, 1161. Auf eine von vornherein unmögliche Eintragung kann die Vermutung aus § 891 nicht gegründet werden. Dies gilt z. B., wenn der als Berechtigter Eingetragene bereits zur Zeit der Eintragung gestorben war (OLG 41, 25). Ferner erstreckt sich die Vermutung nicht darauf, daß der eingetragene Berechtigte geschäftsfähig oder unbeschränkt verfügungsfähig ist. Denn nur das Bestehen und der Erwerb des Rechts wird vermutet. Dagegen erstreckt sich die Vermutung auch darauf, daß der Eingetragene Rechtspersönlichkeit besitzt. Das ist z. B. von Bedeutung, wenn es sich fragt, ob eine als Berechtigte eingetragene Stiftung die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde gefunden und so Rechtspersönlichkeit erlangt hat. Hier greift die Vermutung des § 891 ein, weil beim Fehlen der Rechtspersönlichkeit das Recht nicht hätte eingetragen werden dürfen (**RG** 88, 88; 127, 263: preußische Kirchengemeinde in vorlandrechtlicher Zeit; OLG 26, 73; 40, 33: altrechtliche Aktiengesellschaft, der die erforderliche staatliche Genehmigung versagt war; 40, 43: der staatlichen Verleihung bedürfendes katholisches Krankenhaus). Ergibt sich aber aus dem Inhalt der Eintragung selbst, daß der Eingetragene keine Rechtspersönlichkeit besitzt (ist z. B. für eine Polizeibehörde eine Baubeschränkung eingetragen), so liegt eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung vor, so daß (A 3 Abs 1) die Vermutung nicht Platz greift (KGJ 39 A 210; vgl. **RG** 88, 88). Der § 891 Abs 1 hat keine Bedeutung für die Frage, ob ein Grundstück (Grundstücksrecht) wegen eines Treuhandverhältnisses zur Konkursmasse eines anderen als des eingetragenen Eigentümers (Rechtsinhabers) zu ziehen ist oder ob es wegen eines solchen Verhältnisses im Konkurse des Eingetragenen als materiell und wirtschaftlich einem anderen gehörend zu behandeln ist und dessen Aussonderungsanspruch (§ 43 KO) unterliegt. Dasselbe gilt für die Frage, ob im ersteren Falle dem Gläubiger einer Hypothek an dem Grundstück mit Rücksicht auf sein Absonderungsrecht zufolge der in § 64 KO angeordneten Beschränkung gegen die Konkursmasse nur ein Anspruch auf verhältnismäßige Befriedigung wegen des Ausfalls zusteht (**RG** 91, 14; § 892 A 2 Abs 1 a. E.). Die Vorschrift des § 891 Abs 1 kann auch nicht dazu verwendet werden, um eine arglistige Täuschung in Ansehung solcher Verhältnisse zu beweisen (**RG** JW 1929, 2592 [7]). — Der zu Unrecht als Berechtigter Eingetragene kann nach § 900 durch Tabularersitzung das Recht erwerben.

6. Eine **Löschung** kann erfolgen zur Beseitigung eines nicht entstandenen, unrechtmäßig eingetragenen Rechts, also zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894), ferner zur Beurkundung des bereits außerhalb des Grundbuchs eingetretenen Erlöschens eines eingetragenen Rechts und endlich zur Herbeiführung der Aufhebung des eingetragenen

Rechts, wenn dazu die Löschung erforderlich ist (§ 875). In allen diesen Fällen ist die Möglichkeit gegeben, daß trotz der Löschung das Recht bestehengeblieben ist, weil die materiellrechtlichen Grundlagen und Voraussetzungen für die Löschung tatsächlich nicht vorlagen (z. B. wenn der eingetragene Gläubiger einer Hypothek, die durch Zahlung eines früheren Eigentümers zu dessen Eigentümergrundschuld geworden war, dem gegenwärtigen Eigentümer Löschungsbewilligung erteilt hat: **RG** Warn 1912 Nr 11). Durch eine solche unrechtmäßige Löschung gehen dingliche Rechte (für die Vormerkung § 886 A 3 Abs 2) nicht unter (**RG** 62, 100; 73, 174; Warn 1912 Nr 11); das Grundbuch wird vielmehr unrichtig; der Berechtigte kann im Wege des Berichtigungsverfahrens (§ 894) die Wiedereintragung verfolgen (**RG** Warn 1912 Nr 11; 13. 3. 09 V 470/08). Nach Abs 2 § 891 streitet aber **gegen den bisher eingetragenen Berechtigten die Vermutung für das Nichtbestehen des Rechtes,** die er widerlegen muß, wenn er das Fortbestehen des Rechts geltend macht (A 4). Ferner kann das zu Unrecht gelöschte Recht gemäß § 901 durch Verjährung erlöschen. Weiter haben gelöschte Vermerke grundbuchlich kein rechtliches Dasein. Sie schließen einen Rechtserwerb (im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs) mit der Wirkung des § 892 Abs 1 Satz 1 nicht aus, zumal gerade infolge der Löschung für den Erwerber die Annahme nahe liegt, daß das gelöschte Recht wirklich erloschen ist. Wer ein dem gelöschten Recht entgegenstehendes Recht am Grundstück erwirbt, braucht sich das Fortbestehen des gelöschten Rechts nur dann entgegenhalten zu lassen, wenn er das Bestehen wirklich gekannt hat (**RG** 62, 100 ff.; Gruch 40, 1135). Dem Berechtigten, der diese Kenntnis des Erwerbers des andern Rechts nicht dartun kann, bleiben nur Schadensersatzansprüche (§§ 823, 251) gegen denjenigen, der die Löschung unrechtmäßig herbeigeführt hat (**RG** Warn 1912 Nr 11; 16. 3. 07 V 351/06). Dies gilt jedoch nicht für solche Rechte, deren Eintragung zwar zulässig ist, die aber zum Entstehen und Fortbestehen der Eintragung nicht bedürfen (z. B. für eine Grundgerechtigkeit nach früherem preußischen Rechte: A 1). Denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirkt nur für und gegen solche Rechte, die zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen (**RG** 62, 99; JW 97, 615 [38]). Daher müssen auch gutgläubige Erwerber das Fortbestehen solcher zu Unrecht gelöschten Rechte gegen sich gelten lassen. Die Vermutung aus Abs 2 § 891 steht ihnen nicht zur Seite (**RG** 62, 103). Eine Vermutung dafür, daß das gelöschte Recht bis zur Löschung bestanden habe, ergibt sich aus § 891 nicht. Denn Abs 1 knüpft die Vermutung für das Bestehen eines Rechts lediglich an dessen gegenwärtiges Eingetragensein (JW 1930, 157 [2]), und Abs 2 bestimmt nur eine Vermutung für das Nichtbestehen eines Rechts (**RG** 121, 318, von Bedeutung für die Frage der Beweislast bei Streit, ob eine gelöschte, nach § 15 AufwG aufzuwertende Hypothek vor oder nach dem 15. 6. 22 zurückgezahlt worden ist). Ein Widerspruch, der gegen eine Eintragung oder gegen eine Löschung eingetragen ist, steht der Vermutung nicht entgegen, daß das eingetragene Recht besteht (Abs 1) oder daß das gelöschte Recht erloschen ist (Abs 2). Denn er hat nur die Wirkung, daß dem aus ihm Berechtigten die Geltendmachung der etwaigen, erst darzutuenden Unrichtigkeit der Eintragung oder der Löschung auch im Falle eines späteren Rechtserwerbs im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs (§§ 892 f.) erhalten wird (A 4 a. E.).

§ 892

Zugunsten [1]) desjenigen [2]), welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte [3]) durch Rechtsgeschäft [4]) erwirbt [2]), gilt [5]) der Inhalt des Grundbuchs [6]) als richtig [7]), es sei denn [8]), daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen [9]) oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist [10]). Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt [11]), so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich [12]) oder dem Erwerber bekannt ist [10]).

Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend [13]).

E I 837, 844 II 810; M 3 208 ff.; P 3 75 ff., 214 f., 588 f., 707 f.; 6 222, 380, 398.

1. Nur **zugunsten** des Erwerbers **wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs,** nicht zu seinem Nachteil (Prot 3, 85). Der Erwerber ist nicht gehindert, gegenüber eingetragenen Rechten, die er beim Erwerb für bestehend gehalten hat, die aber tatsächlich nicht rechtsbeständig sind, die Rechtsunwirksamkeit der Eintragung und das Nichtbestehen der Rechte geltend zu machen (z. B. kann der Eigentumserwerber die Beseitigung eines nicht rechtsbeständigen Vorkaufsrechts gemäß § 894 verlangen, auch wenn er das Vorkaufsrecht als bestehend erachtet hat).

Nicht aber hat „zugunsten" die Bedeutung, daß der Inhalt des Grundbuchs nur dann als richtig gilt, wenn der Erwerber einen Erwerb in gutem Glauben für sich in Anspruch nimmt. Wenn z. B. auf Grund eines Kaufgeschäfts ein Grundstück von dem eingetragenen Nichteigentümer oder eine nicht rechtsbeständige Hypothek von dem als Gläubiger Eingetragenen auf den gutgläubigen Käufer übertragen wird, so gilt dieser kraft Gesetzes auch dann als Eigentümer des Grundstücks oder als Gläubiger einer rechtsbeständigen Hypothek und der Verkäufer hat auch dann der ihm nach § 433 Abs 1 obliegenden Pflicht zur Verschaffung des Eigentums oder der Hypothek genügt, wenn der Käufer das Eigentum oder die Hypothek als eine rechtsbeständige nicht für sich in Anspruch nehmen möchte (RG 81, 266).

2. Die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchinhalts gilt nur zugunsten **desjenigen, der** im Sinne des § 892 ein Recht **erwirbt,** nicht zugunsten eines jeden, insbesondere auch nicht zugunsten von Berechtigten, die an dem einzelnen Rechtserwerb nicht beteiligt sind (A 7). Ist daher ein Recht zu Unrecht gelöscht, so daß es außerhalb des Grundbuchs fortbesteht, so wird das Recht nur demjenigen gegenüber unwirksam, der ein entgegenstehendes Recht ohne Kenntnis des Fortbestehens jenes Rechts erwirbt (§ 891 A 6); anderen gegenüber aber bleibt das gelöschte Recht bestehen. Ist z. B. eine erststellige Hypothek unrechtmäßig gelöscht, so kann ihre Wiedereintragung nur im Range nach einer Hypothek erfolgen, die inzwischen für einen gutgläubigen Dritten bestellt worden ist, während ein Hypothekengläubiger, dessen Hypothek bereits vor der Löschung eingetragen war, dulden muß, daß die gelöschte Hypothek wieder mit dem Range vor ihm eingetragen wird (§ 875 A 5, 6; § 879 A 3). Wenn aber das erworbene und das andere Recht derart in Widerstreit miteinander stehen, daß dieses beim Bestehen jenes gar kein rechtliches Dasein haben kann, so muß das andere Recht gänzlich untergehen. So geht z. B. eine zu Unrecht gelöschte Hypothek unter im Falle eines gutgläubigen Erwerbs des Grundstückseigentums durch einen Dritten. Denn diesem gegenüber kann die gelöschte Hypothek nicht zur Wiedereintragung und gegenüber den anderen Realberechtigten ohne Eintragung nicht zur Geltung gebracht werden (a. M. RJA 6, 243). Für die Frage, ob ein Grundstück wegen eines Treuhandverhältnisses zur Konkursmasse eines anderen als des eingetragenen Eigentümers zu ziehen ist oder ob es im Konkurse des Eingetragenen als materiell und wirtschaftlich einem anderen gehörend zu behandeln ist und dessen Aussonderungsanspruch (§ 43 KO) unterliegt, hat § 892 keine Bedeutung. Dasselbe gilt für die Frage, ob im ersteren Falle dem Gläubiger einer Hypothek an dem Grundstück gegen die Konkursmasse zufolge der im § 64 KO angeordneten Beschränkung wegen seines Absonderungsrechts nur ein Anspruch auf verhältnismäßige Befriedigung für den Ausfall zusteht. Es kommt im ersten und dritten Falle nur auf die objektive Zugehörigkeit des Grundstücks zu der Konkursmasse, im zweiten Falle nur auf seine Zugehörigkeit zum Vermögen des die Aussonderung Beanspruchenden an. Insbesondere spielt im dritten Falle keine Rolle der gute Glaube des Hypothekengläubigers an die Richtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Eigentums des als Eigentümer Eingetragenen, der für ihn die Hypothek bestellt hat (RG 91, 14). Vgl. im übrigen zum Eingreifen des § 892 beim Erwerb durch einen Treuhänder und zum Begriff der Treuhandschaft RG 127, 341; 133, 84.

Erwerber ist, wer das Recht des bisherigen Inhabers oder ein begrenztes Recht aus dem Recht des Inhabers **für sich selbst erlangt.** Wer lediglich die Verfügungsmacht über das Recht erlangt, ist nicht Erwerber. Daher können z. B. dem Konkursverwalter (§ 6 KO) alle Einreden gegen das Bestehen eines Rechts entgegengehalten werden, die gegenüber dem Gemeinschuldner als Inhaber des Rechts gegeben waren (RG 19, 62; Gruch 52, 1061). Dasselbe gilt, wenn eine Hypothek nur zur Einziehung oder Einklagung abgetreten wird (RG 72, 379). Ferner ist nicht Rechtserwerber, wer zwar einen persönlichen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Bestellung oder Übertragung eines Rechts hat (z. B. infolge Kaufs), wem aber das Recht noch nicht gemäß § 873 bestellt oder übertragen worden ist (KGJ 26 A 252; 33 A 279; OLG 6, 98; vgl. A 10 Abs 2). — **Zweck des Gesetzes** ist der Schutz eines neu hinzutretenden, dem in Betracht kommenden Grundstücksrecht bisher fernstehenden Erwerbers, dessen Kenntnis von den Rechtsverhältnissen nicht erwartet werden kann, der deshalb auf den Inhalt des Grundbuchs angewiesen ist und zur Wahrung der Sicherheit des Rechtsverkehrs in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit und Zuverlässigkeit des Grundbuchs geschützt werden soll (RG 117, 265; 119, 129; 123, 56; 129, 121; 136, 148). Aus dem Gesetzeszweck ist — zur Bekämpfung unverkennbarer Mißstände, die aus der formalen Ausnutzung des § 892 im Verkehr sich ergeben haben, — neuerdings im Schrifttum (Epping DRZ 1931, 171; Heinsheimer Gruch 72, 195; Endemann zu JW 1931, 610[29]) die Ansicht hergeleitet worden, § 892 sei grundsätzlich auszuschalten, wo nach den Umständen des Einzelfalls der Schutz des Erwerbers mit Recht und Billigkeit nicht vereinbar sei, sondern ein dieses Schutzes nicht bedürftiges und nicht würdiges Geschäft vorliege. Ob diese wirtschaftlich gesunde, nach der Gesetzeslage aber nicht unbedenkliche und der gerichtlichen Entscheidung des Einzelfalls erhebliche Schwierigkeiten bereitende Lehre in der Rechtsprechung sich durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Ihr Grundgedanke läuft auf die Einfügung des § 242 in das Liegenschaftsrecht hinaus, ein Ergebnis, das die Rechtsprechung des Reichsgerichts bisher grundsätzlich (RG 131, 176) und auch für § 892 im besonderen (RG 16. 10. 29 V 515/28 AufwRspr

5, 95) abgelehnt hat. Dagegen hat die Rechtsprechung dem Zweck des Gesetzes einen anderen, engeren Grundsatz entnommen: § 892 greift nur dann Platz, wenn ein **eigentliches Verkehrsgeschäft** vorliegt, d. h. wenn der **Erwerber eine vom Veräußerer verschiedene Person** ist. Die Vorschrift kommt daher z. B. nicht zur Anwendung, wenn der Grundstückseigentümer für sich selbst ein dingliches Recht (Grundschuld nach § 1196) an dem Grundstück bestellt (JW 1927, 805[2]; JFG 3, 412; OLG 46, 61 u. 63) oder für sich bei der Veräußerung des Grundstücks vom Erwerber bestellen läßt (JFG 5, 433). Auch ist § 892 nicht anzuwenden auf Fälle, in denen nur wirtschaftlich die Verfügungsmacht über ein Grundstück, aber nicht rechtlich das Eigentum an ihm wechselt, z. B. nicht auf den Fall, wo alle Aktien einer Aktiengesellschaft, die Grundstückseigentümerin ist, in andere Hände übergehen, die Gesellschaft aber Eigentümerin bleibt (RG 118, 385). Aber auch beim Eigentumswechsel im Rechtssinne, der sich in den Formen der §§ 873, 925 vollzogen hat, kann unter Umständen § 892 nicht eingreifen, so z. B. dann, wenn kein neu hinzutretender Erwerber das Grundstück erlangt, sondern trotz des juristischen Übertragungsakts das Grundstück in Wirklichkeit in der Hand derselben natürlichen Person bleibt, also nur die Rechtsform ihres Eigentums sich wandelt (RG 129, 121). Deshalb findet § 892 keine Anwendung, wenn die an einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (z. B. fortgesetzte eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft, offene Handelsgesellschaft) Beteiligten bei der Auseinandersetzung das zum Gesamthandvermögen gehörige Grundstück an einen von ihnen oder an mehrere nach Bruchteilen übereignen oder wenn die Gesamthänder das Grundstück einer anderen aus ihnen gebildeten Gemeinschaft zur gesamten Hand (z. B. Kommanditgesellschaft) übertragen (RG 117, 257; 119, 126; 120, 333; 129, 119; RG Gruch 71, 272; RG SeuffA 85 Nr 49; JW 1927, 805[2], 1000[19], 1896[15]; OLG 46, 46; 46, 73; noch weiter gehen JW 1927, 2521[4]; 1928 S. 193[9], 522[2]; a. M. JW 1926, 992[2]; 1927, 61[7], 62[8]; JFG 3, 409). Dasselbe gilt für folgende Fälle: wenn das Grundstück einer Gesellschaft m. b. H. von ihrem Geschäftsführer, nachdem er alle Geschäftsanteile erworben hat, an ihn selbst als natürliche Person aufgelassen wird (RG 126, 46); wenn das Grundstück von einer offenen Handelsgesellschaft an eine Gesellschaft m. b. H. oder von mehreren Bruchteilseigentümern an eine Aktiengesellschaft übereignet wird, sofern zur Zeit der Übereignung dieselben Personen alleinige Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft m. b. H. oder die bisherigen Bruchteilseigentümer zugleich alleinige Aktionäre der Aktiengesellschaft sind (RG 119, 126; JW 1927, 1431[5]; OLG 46, 47). Doch greift in solchen Fällen § 892 wiederum Platz, wenn bei dem Erwerb auf der Erwerberseite außer den veräußernden Personen noch eine oder mehrere andere Personen stehen, die bisher am Grundstückseigentum unbeteiligt waren, z. B. als weitere Gesamthänder oder Gesellschafter der Gesellschaft m. b. H. oder Aktionäre der Aktiengesellschaft (RG 117, 267; 119, 132; RG JW 1930, 3740[6]; 1931, 2731[32]; RG HRR 1931 Nr 591; RG Recht 1930 Rspr Nr 1711; noch weiter geht JW 1928, 1827[3]), es sei denn, daß die bisher grundstücksfremden Miterwerber nur als Strohmänner für die früheren Eigentümer auftreten (RG 130, 390; auch RG HRR 1931 Nr 591; RG 8. 3. 30 V 143/29). § 892 ist anwendbar, wenn eine Aktiengesellschaft ihr Grundstück an einen einzelnen Aktionär veräußert (RG JW 1929, 1387[19]), es sei denn, daß dieser alle Aktien besitzt (RG HRR 1931 Nr 1047). Treten nach außen hin als Veräußerer und Erwerber verschiedene natürliche oder juristische Personen auf, so hat die Beweislast dafür, daß dennoch Personengleichheit auf beiden Seiten besteht und folglich kein eigentliches Verkehrsgeschäft vorliegt, derjenige, der sich darauf beruft (RG 8. 3. 30 V 143/29). Die für die Grundstücksveräußerung entwickelten Grundsätze gelten auch für die Grundstücksbelastung, z. B. wenn eine Gesellschaft m. b. H. an ihrem Grundstück eine Hypothek für einen ihrer Gesellschafter bestellt, hinsichtlich der Frage, ob der Hypothekengläubiger zufolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs den Vorrang erhält vor einer zwar gelöschten, aber in Wirklichkeit (teilweise) noch bestehenden anderen Hypothek (RG 130, 341, weitergehend für § 22 Abs 1 AufwG). Belastet der Bevollmächtigte einer Aktiengesellschaft deren Grundstück mit einer Hypothek für eine Gesellschaft m. b. H., deren alleiniger Inhaber er ist, so liegt nach RG 131, 64 Personenverschiedenheit und damit ein Verkehrsgeschäft auch dann vor, wenn der Bevollmächtigte der wirtschaftliche Beherrscher des belasteten Grundstücks ist; es soll daher, wenn ein Dritter geltend macht, er sei der Grundstückseigentümer, die Aktiengesellschaft habe als Nichtberechtigte das Grundstück belastet, für den Hypothekenerwerb der Gesellschaft m. b. H. auf deren guten Glauben an das Grundstückseigentum der Aktiengesellschaft ankommen; das wenig befriedigende Ergebnis hätte sich wohl bei freierer Behandlung der Frage nach der Personenverschiedenheit vermeiden lassen.

Die Fiktion gilt auch zugunsten des Rechtsnachfolgers des Erwerbers, da auf ihn das Recht so übergeht, wie es in der Hand des früheren Erwerbers bestand (Prot 3, 84; OLG 2, 266). Selbst eine Schlechtgläubigkeit hinsichtlich des früheren Erwerbes schadet dem Rechtsnachfolger nicht. Denn zufolge der Fiktion gilt das von dem früheren gutgläubigen Erwerber erworbene Recht mit dem buchmäßigen Inhalt und Range als wirklich bestehend; entgegenstehende Einreden werden hinfällig; Rechte, die sich mit dem Recht des Erwerbers nicht vereinigen lassen (vgl. oben), erlöschen, andere entgegenstehende Rechte werden dem Erwerber gegenüber unwirksam (z. B. das Eigentum des wahren Eigentümers gegenüber demjenigen, der vom Bucheigentümer eine Hypothek bestellt erhalten hat). Daher ist das Grundbuch seit dem ersten gutgläubigen Er-

werb in Ansehung des erworbenen eingetragenen Rechts nicht unrichtig (Prot 3, 84; RG 120, 353; 131, 64; 134, 284; OLG 2, 266). So wird z. B., wenn A von B eine diesem nicht gehörende Parzelle gutgläubig zum Eigentum erworben hat, derjenige, dem A die Parzelle weiterüberträgt, auch dann Eigentümer, wenn er wußte, daß B nicht Eigentümer war. Denn das Eigentum des B besteht nicht mehr; also ist dem Rechtsnachfolger des A nicht etwas bekannt, was das Grundbuch unrichtig machte. Hatte der Bucheigentümer B, der nicht wahrer Grundstückseigentümer war, für den in Ansehung des Eigentums des B gutgläubigen A eine Hypothek bestellt, so ist C, der die von A als Erstgläubiger erworbene Hypothek sich abtreten läßt, auch dann in seinem Erwerb als Zweitgläubiger geschützt, wenn zwischen dem Erwerb des A und der Abtretung an C ein Widerspruch gegen das Eigentum des B eingetragen worden ist (RG 129, 128). Ein weiteres Beispiel: wenn für A eine Hypothek bestellt ist, die wegen Nichtigkeit der Forderung (z. B. einer Kaufpreisforderung aus einem Bordellkauf) von A nicht als Hypothek erworben worden ist, B den A beerbt, darauf die Hypothek an den gutgläubigen C abtritt und dann den C beerbt, so daß die Hypothek wieder an ihn fällt, so besteht die Hypothek als solche rechtswirksam für B (RG Gruch 63, 485). Auch sonst kommt, wenn das veräußerte Recht demnächst von dem Erwerber an den Veräußerer zurückübertragen wird, diesem in der Regel der gute Glaube des Erwerbers zugute. So gilt z. B. im Falle der Veräußerung und Rückübertragung einer nichtigen Hypothek, wenn der Erwerber hinsichtlich ihres Bestehens gutgläubig war, die Hypothek für den zurückempfangenden Veräußerer als bestehend, selbst wenn er bei der Veräußerung schlechtgläubig war. Anders liegt die Sache aber, wenn die Rückübertragung ihren rechtlichen Grund schon in dem Veräußerungsgeschäft hat und nur zur Erfüllung der in diesem Geschäft unter bestimmten Voraussetzungen bereits vorgesehenen Rückübertragungspflicht erfolgt, wie dies z. B. bei der Übereignung sicherheitshalber der Fall ist. Hier erfolgt durch die Rückübertragung keine neue Veräußerung; vielmehr wird das lediglich in äußerlicher Rechtsform vorgenommene (erste) Veräußerungsgeschäft so rückgängig gemacht, wie wenn es nicht getätigt worden wäre (JW 1922, 788). Unter einem Rechtsnachfolger, zu dessen Gunsten der gute Glaube des Erwerbers an die Richtigkeit des Grundbuchs wirkt, ist nicht nur ein Zweiterwerber desselben Rechts zu verstehen, sondern jeder, der sein dingliches Recht vom Ersterwerber herleitet, da dieser zufolge der gesetzlichen Fiktion als der Verfügungsberechtigte gilt. Hat also z. B. A das Grundstückseigentum im guten Glauben an das Nichtbestehen (oder an die Nichtaufwertbarkeit) einer an sich zu Unrecht gelöschten Hypothek erworben und dann für B eine Hypothek bestellt, so erwirbt B seine Hypothek mit dem Range, der sich aus dem Erloschensein der gelöschten Hypothek ergibt, gleichviel ob er selbst bezüglich der gelöschten Hypothek in gutem oder bösem Glauben ist (RG 128, 53). Wenn ein Recht am Grundstück durch einen Vertreter bestellt ist, so erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht darauf, daß der Vertreter auch Vertretungsmacht gehabt hat (A 6 Abs. 1, 2). Der Rechtsnachfolger des Ersterwerbers kann sich daher auf den Ersterwerb nur dann berufen, wenn der Vertreter von dem eingetragenen Berechtigten Vertretungsmacht hatte oder wenn der Vertretene nachträglich seine Genehmigung erteilt hat (RG 134, 284). Die Genehmigung ist aber nur wirksam, wenn der genehmigende eingetragene Berechtigte auch wirklicher Berechtigter und wenn kein Widerspruch gegen die Berechtigung eingetragen ist (§ 184 Abs 1). Sonst kann sich der Rechtsnachfolger nicht auf einen gutgläubigen Ersterwerb berufen (RG 134, 286).

Daß der Erwerber als Berechtigter eingetragen sein muß, um sich auf seinen gutgläubigen Erwerb berufen zu können, ist vom Gesetz **nicht vorgeschrieben.** Ist zum rechtsgeschäftlichen Erwerb des Rechts die Eintragung nicht erforderlich (z. B. im Falle der Übertragung einer Briefhypothek nach § 1154 Abs 1), so ist der Erwerber in seinem gutgläubigen Erwerb ebenfalls geschützt (M 3, 211).

Ob der Erwerber das Recht **gegen Entgelt oder unentgeltlich erworben** hat, **macht** für die Wirkung des gutgläubigen Erwerbes **keinen Unterschied** (M 3, 212; Prot 3, 84). Jedoch ist derjenige, der ein Recht von einem als Berechtigter eingetragenen Nichtberechtigten unentgeltlich erworben hat, nach § 816 Abs 1 zur Herausgabe des erlangten rechtlichen Vorteils an den wahren Berechtigten verpflichtet (Prot 3, 82). Wenn also z. B. der Bucheigentümer A an einem in Wahrheit dem B gehörenden Grundstück für den gutgläubigen C eine Hypothek bestellt, so erwirbt C die Hypothek auch dann, wenn sie schenkungsweise bestellt ist; B hat aber einen persönlichen Anspruch gegen C auf Übertragung oder (wenn B inzwischen als Eigentümer eingetragen worden ist) auf Wegschaffung der Hypothek. Mit diesem Anspruch ist B im Falle des Konkurses des C nur Konkursgläubiger (§ 3 KO); ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO) steht ihm nicht zu.

3. Rechte an einem Grundstücke sind das Eigentum und die begrenzten dinglichen Rechte an einem fremden Grundstück (§ 873 A 6). Als **Rechte an den ein Grundstück belastenden Rechten** kommen Nießbrauch und Pfandrecht an Reallasten, Hypotheken und Grundschulden in Betracht. Unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens steht also der Erwerb z. B.: durch Übertragung des Eigentums seitens des Bucheigentümers, wobei der Erwerber sowohl gegenüber dem wahren Eigentümer als auch gegenüber zu Unrecht gelöschten Belastungen geschützt ist (A 1); durch Bestellung eines begrenzten dinglichen Rechts (z. B. Dienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Reallast, Hypothek) an dem Grundstück seitens des Bucheigentümers; durch Übertragung eines solchen Rechts (wegen

Übertragung von Grunddienstbarkeiten und subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechten und Reallastrechten A 4); durch Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts an einer Rellast, Hypothek oder Grundschuld seitens des Inhabers dieser Rechte. Letzteres gilt auch für ein Pfandrecht an einer gemäß § 1196 bestellten Eigentümergrundschuld, obwohl diese selbst sich nicht als Rechtserwerb eines Dritten (A 2) im Sinne des § 892 darstellt. Daher wird bei Gutgläubigkeit des Pfandgläubigers das Pfandrecht an der Grundschuld so erworben, wie diese nach Inhalt und Rang durch das Grundbuch ausgewiesen wird (OLG 46, 62). Dagegen steht dem Mieter oder Pächter (der z. B. mit einem Bucheigentümer oder einem zu Unrecht eingetragenen Nießbraucher den Vertrag abgeschlossen hat), da sein Recht nur ein schuldrechtliches ist, der Schutz aus § 892 (übrigens auch der aus § 893: dort A 4) nicht zur Seite (RG 106, 111). — Auf das bei ungeteilter Erbengemeinschaft einem Miterben zustehende Anteilsrecht findet § 892 keine Anwendung, auch dann nicht, wenn die Erben als Eigentümer im Grundbuch eines Nachlaßgrundstücks eingetragen sind. Denn dieses Anteilsrecht besteht nur am ganzen Nachlaß; ein Recht am Grundstück ist es nicht. Wird daher z. B. das Recht mehrmals nacheinander abgetreten, so geht der erste Erwerber vor, auch wenn der zweite in gutem Glauben war (KGJ 40 A 169). Auf den Erwerb an einem Recht (z. B. einer Hypothek), das durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks gemäß § 91 ZVG erloschen ist, findet § 892 keine Anwendung. Denn das nach § 92 ZVG an die Stelle des erloschenen Rechts tretende Recht auf den Versteigerungserlös ist kein Recht am Grundstück (RG 76, 377). Dies gilt insbesondere im Falle der Abtretung einer Hypothek auch dann, wenn die Hypothek noch nicht gelöscht ist (§ 130 ZVG) und der Erwerber nach dem Zuschlag als Gläubiger eingetragen wird oder bei einer Briefhypothek den Hypothekenbrief übergeben erhält. Der Erwerber kann sich dann z. B. hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit der Hypothek oder des Bestehens der Forderung (§ 1138) nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, da dieses durch den Versteigerungsvermerk auf die Möglichkeit des Erlöschens der Hypothek durch den Zuschlag hinweist, auch der Versteigerungstermin öffentlich bekannt gemacht und der Zuschlag verkündet wird (RG 76, 378).

Der Erwerb ist nur dann geschützt, wenn die Rechte, die übertragen oder mit einem Recht für den Erwerber belastet werden, **im Grundbuche eingetragen sind.** Denn die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs besteht, abgesehen von der Gewährleistung der Vollständigkeit des Grundbuchs, darin, daß zugunsten des Erwerbers der grundbuchmäßige Inhalt des übertragenen oder belasteten Rechts als richtig gilt (RG 116 S. 354, 361; RG Warn 1930 Nr 163). Beruhen die Rechte auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, so bedürfen sie auch der Eintragung, um zur Entstehung zu gelangen (§ 873 Abs 1). Wird über ein Recht verfügt, bevor es eingetragen ist, und wird daher die Verfügung erst mit der Eintragung des Rechts wirksam — wird z. B. eine bestellte, aber noch nicht eingetragene Briefhypothek (Briefgrundschuld) im voraus von dem zum ersten Gläubiger Bestimmten gemäß §§ 1154, 1117 an einen andern abgetreten —, so findet § 892 zu Gunsten des Abtretungsempfängers keine Anwendung, wenn nicht der Abtretende mit seinem Recht zunächst ins Grundbuch eingetragen wird. Geschieht dies aber, so ist der Abtretungsempfänger fortan durch § 892 in seinem guten Glauben an das für den Abtretenden eingetragene Recht geschützt (RG 140, 35). Ist eine für A eingetragene Briefhypothek in Wirklichkeit Eigentümergrundschuld des B, weil die gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 Abs 1 Satz 1, § 1177 Abs 1), so kann sich C, dem B die Grundschuld unter Übergabe des Hypothekenbriefs verpfändet hat, für die Wirksamkeit der Verpfändung nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1155 vorliegen (dort A 5). Denn nur A ist als Hypothekengläubiger, aber nicht der verpfändende B als Grundschuldgläubiger eingetragen (RG Warn 1930 Nr 163). Jedoch ergibt sich in diesem Falle, wenn die Bestellung der Hypothek für A und dann die Verpfändung an C mit Bewilligung des A erfolgt sind, schon hieraus die Rechtsbeständigkeit der Eigentümergrundschuld und somit die Wirksamkeit der Verpfändung (Warn aaO. a. E.). — Es gibt aber auch Rechte, die ohne Eintragung als dingliche Grundstücksbelastungen bestehen. Sie können entstehen oder vor dem Inkrafttreten des BGB entstanden sein teils kraft Gesetzes (Reichsgesetz oder Landesgesetz) teils auch kraft Rechtsgeschäfts. Sie scheiden sich in solche, die von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen sind, und in eintragbare (Vorbem 2 vor § 873). Weiter gibt es dingliche Grundstücksbelastungen, die auf nicht rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen, die aber zur Entstehung der Eintragung bedürfen (§ 873 A 1). Sind die letzteren zur Eintragung gelangt, so steht der Erwerb durch ihre Übertragung oder Belastung gleichfalls unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens. In Betracht kommen in dieser Hinsicht: die auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts auf Grundstücke des Vormundes, Pflegers oder Beistandes einzutragende Sicherungshypothek (§§ 1844, 1915, 1693; FGG § 54); die Zwangs- und Arresthypothek (§§ 866 f., 932 ZPO); die auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken für Forderungen gegen den Ersteher (§ 128 Abs 3 ZVG). Auf den Erwerb durch Übertragung oder Belastung nicht eintragungsfähiger Rechte findet § 892 auch dann keine Anwendung, wenn diese Rechte (versehentlich) eingetragen worden sind. Denn nur die Richtigkeit des zulässigen Inhalts des Grundbuchs kann durch den öffentlichen Glauben gewährleistet werden (RG

62, 101). Dahin gehören auch die gesetzlichen Überbau- und Notwegrenten, die nach §§ 914 Abs 2, 917 Abs 2 nicht eingetragen werden (RG 62, 101; § 914 A 3). Aber auch auf den Erwerb an solchen Rechten, die zur Wirksamkeit überhaupt und insbesondere gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen, aber eingetragen werden können (z. B. früher entstandene Grunddienstbarkeiten nach preußischem Recht: § 12 Abs 1 PrEG v. 5. 5. 72, Art 187 Abs 1 EG, dazu RG 62, 99; 93, 64; preuß. Rentenbankrenten: Vorbem 2 vor § 873; Rechte, die auf Grund der Vorbehalte in Artt 67, 109, 114 EG landesgesetzlich bestehen: RG 6, 292; 44, 243; 62, 102; Gruch 47, 396), findet § 892 selbst dann keine Anwendung, wenn die Rechte eingetragen sind. Denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirkt nur für und gegen solche Rechte, die zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen. Durch Unterlassung der nur gestatteten Eintragung von Rechten, die zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung nicht bedürfen, wird das Grundbuch weder unvollständig noch unrichtig (RG 62, 99; 93, 65; Gruch 64, 621; OLG 46, 68; auch RG 28, 326; JW 97, 615[38]; KGJ 27 A 115; § 1018 A 5). Daher gilt ein solches Recht, wenn es nach erfolgter Eintragung versehentlich gelöscht war, trotz der Löschung einem dritten Erwerber des belasteten Grundstücks gegenüber als bestehend, selbst wenn er von ihm keine Kenntnis gehabt hat (RG 6, 292; 62, 99; 93, 65; KGJ 27 A 115; OLG 46, 68). Umgekehrt gilt eine solche Grunddienstbarkeit, wenn sie nach erfolgter Eintragung auf dem herrschenden Grundstück durch den Eintritt eines außerhalb des Grundbuchs liegenden Aufhebungsgrundes erloschen war, dem dritten Erwerber des herrschenden Grundstücks gegenüber auch dann als erloschen, wenn die Löschung nicht erfolgt ist und der Erwerber das Recht noch für bestehend hält (RG 93, 65; JW 1897, 615[38]). Ist eine solche Grunddienstbarkeit vor Inkrafttreten des BGB mit einem unrichtigen oder unvollständigen Inhalt eingetragen worden, so ist sie gegenüber dem dritten Erwerber des dienenden Grundstücks, mag er auch auf den Inhalt des Grundbuchs vertraut haben, doch mit dem richtigen und vollständigen Inhalt nach Maßgabe des Begründungstitels wirksam (RG 93, 63). Zu diesen dem Anwendungsgebiet des § 892 entzogenen Rechten gehören nicht der Nießbrauch aus § 1075 und die Sicherungshypotheken aus § 1287 Satz 2 und ZPO § 848 Abs 2. Sie entstehen zwar nicht auf rechtsgeschäftlicher Grundlage und bedürfen zur Entstehung an sich nicht der Eintragung (§ 873 A 1). Sie sind aber der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs durch das Gesetz nicht entzogen, unterliegen daher den Bestimmungen des § 892 und können deshalb, wenn sie nicht eingetragen sind, nur bösgläubigen Erwerbern entgegenstehender Rechte entgegengehalten werden. Demnach wird der Erwerb an den genannten Sicherungshypotheken (der Nießbrauch scheidet hier aus, weil er nicht übertragbar und daher auch nicht belastbar ist), wenn sie eingetragen sind, gemäß § 892 geschützt. Dingliche Rechte, die vor Inkrafttreten des BGB zwar an sich entstanden waren, aber zur Wirksamkeit gegen Dritte, gleichviel, ob sie diesen bekannt waren oder nicht, der Eintragung bedurften (vgl. für Preußen § 12 EEGes.), sind nur in diesem unvollkommenen Rechtszustande bestehen geblieben und werden gegen den Erwerb eines Dritten erst geschützt, wenn sie gemäß Art 184 EG zur Eintragung gebracht sind (RG 66, 28; 87, 178; JW 04, 282[1]; vgl. § 873 A 6; RG 55, 315; 56, 13; 74, 60).

Ist ein eintragungsbedürftiges Recht (z. B. eine Hypothek) zu Unrecht gelöscht, so kann vor seiner Wiedereintragung ein geschützter Erwerb daran nicht in Frage kommen, auch wenn die Wiedereintragung bereits durch einen Widerspruch (§§ 894, 899) gesichert ist. Denn das Recht kann nach § 873 ohne Eintragung nicht rechtsgeschäftlich übertragen oder belastet werden. Durch die Eintragung einer Vormerkung wird weder ein „Recht" am Grundstück erworben noch der vorgemerkte persönliche Anspruch so umgestaltet, daß an ihm ein „Recht" im Sinne des § 892 erworben werden könnte. Alles Nähere zu der Frage, inwieweit die §§ 892, 893, 894 bei Vormerkungen eine Rolle spielen, ist dargelegt in § 883 A 8 „öffentlicher Glaube des Grundbuchs"; § 886 A 3 Abs 2; § 893 A 4. Durch die Eintragung von Widersprüchen wird ebenfalls noch kein „Recht" am Grundstück oder an einer Grundstücksbelastung erworben, da die Widersprüche nur zur vorläufigen Sicherung uneingetragener dinglicher Rechte dienen (RJA 4, 50; § 899 A 1).

4. Das Rechtsgeschäft, wodurch ein geschützter Erwerb bewirkt wird, ist nicht ein Rechtsgeschäft, das einen persönlichen Anspruch auf Einräumung oder Übertragung eines Rechts (z. B. Kauf, Schenkung) begründet, insbesondere nicht das (schuldrechtliche) Grundrechtsgeschäft im Sinne von § 873 A 7 b, sondern die (dingliche) **Einigung über Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks,** also über Übertragung des Eigentums, Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Recht und Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts (A 3) zwischen dem Inhaber des Rechts und dem Erwerber, die gemäß §§ 873, 877, 925, 1154, 1192, 1200 Abs 1 zur Herbeiführung der Rechtsänderung erforderlich ist (KGJ 33 A 279; OLG 6, 98). Der persönliche (schuldrechtliche) Anspruch auf eine Rechtsänderung steht nicht unter dem Schutz des § 892; auch dann nicht, wenn er durch Vormerkung gesichert ist (A 3 letzter Abs.). Anderseits liegt ein unter § 892 fallender rechtsgeschäftlicher Erwerb auch dann vor, wenn die dingliche Einigung über die Rechtsänderung zur Erfüllung eines schuldrechtlichen Anspruchs erfolgt, also z. B. dann, wenn der Beauftragte oder der Gesellschafter, der ein Grundstück im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers oder der Gesellschaft erworben hat, demnächst das Grundstück dem Auftrag-

geber oder der Gesellschaft übereignet (RG 127, 346). Andere eine Verfügung über das Recht enthaltende Rechtsgeschäfte, die nach § 893 den Vorschriften des § 892 unterliegen, sind in § 893 A 3, 4 behandelt. Das zum Erwerb erforderliche dingliche Rechtsgeschäft muß rechtswirksam sein, wenn der öffentliche Glaube des Grundbuchs Platz greifen soll. Ist also z. B. auf Grund einer Auflassung der Erwerber als Eigentümer eingetragen worden, obwohl die Auflassung (etwa wegen Fehlens der erforderlichen behördlichen Genehmigung) nichtig ist, so kommt § 892 für diesen (scheinbaren) Erwerb nicht in Betracht (RG Warn 1927 Nr 136). Subjektiv-dingliche Rechte (Grunddienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Reallast: §§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2) werden beim Erwerb des Eigentums am herrschenden Grundstück als dessen Bestandteile (§ 96) mit übertragen. Daher sind sie, wenn der Erwerb des Eigentums auf Grund eines Rechtsgeschäfts erfolgt, als im Sinne des § 892 durch Rechtsgeschäft erworben anzusehen (RG 104, 319). Wegen des maßgebenden Grundbuchinhalts für ihren auf diese Weise erfolgenden gutgläubigen Erwerb vgl. A 6.

Das Rechtsgeschäft **braucht nicht die alleinige Grundlage des Erwerbs zu sein;** es genügt, wenn das Rechtsgeschäft eine von mehreren zum Erwerb erforderlichen Grundlagen ist. Tatsächlich muß auch stets noch ein anderer rechtswirkender Umstand zu dem Rechtsgeschäft hinzutreten, um den Erwerb zu vollziehen. In der Regel ist dieser Umstand die Eintragung des Erwerbs (§§ 873, 877). Daß ein solcher anderer Umstand hinzutreten muß, steht der rechtsgeschäftlichen Natur des Erwerbs nicht entgegen (RG 128, 278). Dies gilt auch dann, wenn das Gesetz mehrere andere Umstände zur Vollendung des Erwerbs verlangt. Der Erwerb ist deshalb nicht etwa ein solcher kraft Gesetzes (Abs 4). Mithin liegt ein rechtsgeschäftlicher Erwerb des Hypothekengläubigers vor, der die für ihn bewilligte und eingetragene Hypothek erst durch die nachträgliche Entstehung der gesicherten Forderung (§ 1163 Abs 1 Satz 1; dort A 2) erlangt (RG 128, 278). In den Ausnahmefällen (§ 873 Abs 1 Schlußhalbsatz und dazu A 12), in denen sich der rechtsgeschäftliche Erwerb ohne Eintragung vollziehen kann, bedarf es zum Schutze des Erwerbs der Eintragung nicht, wenn der andere rechtswirkende Umstand (z. B. bei der Übertragung einer Briefhypothek gemäß § 1154 Abs 1 die Übergabe des Briefs) hinzugetreten ist (A 2).

Daß der veräußernde Rechtsinhaber eingetragen sein muß, ist vom materiellen Rechte **nicht vorgeschrieben** (M 3, 211). Daher steht unter dem Schutz auch der Erwerb, der sich von einem Nichteingetragenen herleitet, wenn dieser nur der wirklich Berechtigte ist. Allerdings soll der Passivbeteiligte nach § 40 Abs 1 GBO, sofern nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 40 Abs 2, 41 GBO vorliegt, eingetragen sein. Die Nichtbeachtung dieser Ordnungsvorschrift hindert aber den Rechtserwerb nicht. Jedoch wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs im Falle fehlender Eintragung in der Regel nicht in gleichem Maße, wie wenn der Passivbeteiligte als Berechtigter eingetragen gewesen wäre. Ist der Passivbeteiligte eingetragen, so gilt zugunsten des Erwerbers das Recht nicht nur als in der Hand des Rechtsvorgängers des Passivbeteiligten mit dem buchmäßigen Inhalt wirklich entstanden, sondern auch als auf den Passivbeteiligten wirksam übertragen. Diese Wirkung tritt bei fehlender Eintragung nicht ein; der angebliche Übergang wird nicht als richtig gewährleistet (M 3, 211). Der Erwerb ist nur dann wirksam, wenn der nicht eingetragene Passivbeteiligte wirklich Berechtigter oder durch Erbschein (§ 2366) als Erbe des Eingetragenen ausgewiesen ist (RG 129, 285). Anderseits steht dem Erwerber, sofern letzteres der Fall ist, der öffentliche Glaube so zur Seite, wie wenn er das Recht von dem eingetragenen Rechtsvorgänger des Passivbeteiligten unmittelbar erworben hätte, also auch dann, wenn der Passivbeteiligte selbst sich auf den öffentlichen Glauben nicht hätte berufen können. Zum Beispiel könnte der als Erbe eingerückte Passivbeteiligte, wenn das Recht seines eingetragenen Erblassers nicht bestände, auch im Falle der Gutgläubigkeit das Recht nicht in Anspruch nehmen, da sein Erwerb nicht auf Rechtsgeschäft beruht und da er nur in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt. Dagegen gilt zugunsten des zweiten rechtsgeschäftlichen Erwerbers das Recht des Erblassers als bestehend. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Sondernachfolge gilt dieses auch schon zugunsten des Passivbeteiligten, z. B. wenn ihm ein verbrieftes hypothekarisches Recht durch schriftliche Abtretung und Briefübergabe gemäß §§ 1154 Abs 1, 1192, 1200 Abs 1 übertragen worden ist. Ist bei der Übertragung eines solchen Rechts die Abtretungserklärung öffentlich beglaubigt oder liegt der Übertragung eine der in § 1155 Satz 2 bezeichneten Urkunden zugrunde, so besteht nach § 1155 Satz 1 die Besonderheit, daß der Sondernachfolger als eingetragen gilt (vgl. auch § 40 Abs 2 GBO). Daher wird in diesem Falle dem (zweiten) Erwerber auch der Übergang auf den Passivbeteiligten als richtig gewährleistet.

Zugunsten eines Erwerbs, der nicht auf Rechtsgeschäft beruht, wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht. Daher fällt **nicht unter § 892 ein Erwerb, der kraft Gesetzes eintritt.** Die Frage, in welchen Fällen ein Erwerb kraft Gesetzes stattfindet, entscheidet sich nach denselben Gesichtspunkten wie die Frage, in welchen Fällen zur Änderung des Rechtsstands eines Grundstücks, insbesondere zum Übergang des Grundeigentums auf einen anderen, nicht Einigung (Auflassung) und Eintragung erforderlich sind, sondern die Rechtsänderung sich ohne weiteres kraft gesetzlicher Vorschrift vollzieht. Vgl. hierüber das Nähere in § 873 A 1; § 925 A 1, 2. Als

gesetzliche Erwerbsarten nach dem BGB sind hier besonders hervorzuheben: die Erbfolge (§§ 1922, 1937, 1941; dazu RG 22, 340; 36, 295; Gruch 47, 668), die Begründung der ehemännlichen und elterlichen Nutznießung (§§ 1363, 1649), der Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1438 Abs 2, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2; dazu RG Gruch 47, 667), die dem Erbanfall gleichstehenden Fälle des Erwerbs des Fiskus an Vermögen aufgelöster Vereine und Stiftungen (§§ 45 ff., 88). Auch soweit in diesen Fällen dem Erwerb ein Rechtsgeschäft zugrunde liegt, z. B. bei der Erbfolge eine letztwillige Verfügung oder ein Erbvertrag (§§ 1937, 1941), bei der ehelichen Gütergemeinschaft ein Ehevertrag (§ 1437), erfolgt doch der Erwerb nicht „durch" ein solches Rechtsgeschäft. Denn das Rechtsgeschäft wirkt nicht unmittelbar bei dem Erwerb mit; sein Zweck und Inhalt ist nicht darauf gerichtet, Vermögensgegenstände zu veräußern. Obwohl es seinem Wesen nach die Verschaffung eines Erwerbs nicht zum Gegenstande hat, ist es nur durch besondere gesetzliche Vorschrift als Bedingung dafür gesetzt, daß sich ein Erwerb ohne weiteren Übertragungsakt vollzieht. Aus demselben Grunde erfolgt der Erwerb nicht „durch" Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes in den Fällen, in denen eine Forderung oder eine Hypothek aus Anlaß eines Rechtsgeschäfts, wie der Befriedigung des Gläubigers (§§ 268, 426, 774, 1143, 1163, 1164, 1173, 1174, 1182) oder des Verzichts des Hypothekengläubigers auf die Hypothek (§ 1168), auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übergeht. Gleiches gilt weiter für die Fälle der §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 2, wonach beim Nießbrauch und beim Pfandrecht an einer Forderung der Nießbraucher und der Pfandgläubiger mit der Leistung des Schuldners den Nießbrauch und das Pfandrecht an dem geleisteten Gegenstande erwirbt. Demnach kann in allen diesen Fällen, soweit es sich um den Erwerb des Grundeigentums oder eines begrenzten dinglichen Rechts am Grundstück oder eines Rechts an solchen Rechten handelt, dem Erwerber, auch wenn er gutgläubig ist, das Nichtbestehen des Rechts entgegengehalten werden. Jedoch ergibt sich eine Ausnahme aus § 893 für die Fälle, in denen ein Erwerb kraft Gesetzes zufolge einer Leistung eintritt. Denn hiernach gilt zugunsten des Erwerbers, der gutgläubig die Leistung an den Buchberechtigten (dem im Falle einer Briefhypothek der gemäß § 1155 legitimierte Besitzer des Briefs gleichsteht) bewirkt hat, der eingetragene Berechtigte als der wirklich Berechtigte. Hier erfolgt also trotz der Leistung an den Nichtberechtigten der Übergang des Rechts mit Wirksamkeit gegenüber dem wahren Berechtigten. Im übrigen wird aber außerhalb dieser Ausnahmefälle die Rechtslage auch dann nicht geändert, wenn aus Anlaß der den Übergang kraft Gesetzes bewirkenden Tatsache ein (zum Übergang nicht erforderlicher) rechtsgeschäftlicher Übertragungsakt (z. B. die Abtretung einer dem Eigentümer bereits zugefallenen Hypothek) zwischen den Beteiligten vorgenommen wird. Denn ein solches Rechtsgeschäft hat nur die Bedeutung einer Bestätigung oder Beurkundung des bereits vollzogenen Erwerbs. Ein einzelner Miterbe kann, weil ihm vor der Teilung nur ein Anteilsrecht an dem gesamten Nachlasse zusteht (§ 2033), ein zum Nachlasse gehörendes Recht nur durch rechtsgeschäftliche Übertragung von den anderen Miterben (z. B. das Eigentum an einem Nachlaßgrundstück nur durch Auflassung) erwerben (§ 925 A 2). Trotz dieses Übertragungsakts steht ihm aber der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite. Denn er erlangt das Recht nicht „ausschließlich durch" den Übertragungsakt, sondern vor allem aus dem Rechtsgrunde des gesetzlichen Übergangs des Nachlasses an alle Miterben zusammen (RG 22, 340; Gruch 47, 667). Hat dagegen der Erbe bereits zu Lebzeiten des Erblassers von diesem ein Recht gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben, so bleibt er auch dann geschützt, wenn er demnächst den Erblasser beerbt. Insbesondere gilt zu seinen Gunsten auch fernerhin das für den Erblasser eingetragene, tatsächlich aber nicht entstandene Recht als wirklich bestehend. Allerdings kann ein dem Verletzten etwa gegen den Erblasser wegen der unrechtmäßigen Eintragung gegebener persönlicher Anspruch gemäß § 1967 auch gegen ihn und seine Miterben geltend gemacht werden (RG 22, 340; Gruch 32, 1085). Nicht hierher gehören die Verträge, wodurch ein Vermögen übernommen wird (§ 419 BGB; § 25 HGB). Sie unterstehen dem Recht der Schuldverhältnisse und gewähren, wie andere schuldrechtliche Verträge, nur einen persönlichen Anspruch auf Übertragung der einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenstände. Erworben wird durch sie noch nichts; vielmehr bedarf es zum Erwerbe, wie sonst, eines rechtsgeschäftlichen Übertragungsakts, einer dinglichen Einigung. Sind auf diesem Wege Grundstücksrechte dem Übernehmer übertragen, so ist er bei Gutgläubigkeit in seinem Erwerb geschützt (RG 123, 55). Allerdings haftet er für die Verbindlichkeiten des Veräußerers. Aus dieser Haftung folgt aber nur, daß im Falle des Nichtbestehens des übertragenen Rechts ein persönlicher Anspruch des Verletzten gegen den Veräußerer (z. B. auf Beseitigung der Belastung) auch gegen den Übernehmer geltend gemacht werden kann (RG 123, 56). Die dingliche Rechtsänderung wird aber dadurch nicht berührt. Der Übernehmer bleibt z. B. Eigentümer des ihm aufgelassenen, dem Veräußerer nicht gehörenden Grundstücks oder Inhaber einer für den Veräußerer zu Unrecht eingetragenen Hypothek (str.; a. M. KGJ 22 A 145). Gleiches gilt von dem Erbschaftskäufer gemäß § 2374. Auch der Vermächtnisnehmer hat nach § 2174 nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben auf Übertragung des Vermachten. Erfolgt aber der dingliche Erwerb des Grundstückseigentums in Ausführung eines Gutsüberlassungsvertrags, durch den sowohl nach der tatsächlichen Gestaltung wie nach dem Willen

der Beteiligten nur die künftige Erbfolge vorweggenommen ist und werden sollte, so kann der Erwerber sich hinsichtlich des Bestehens des Eigentums des Veräußerers und hinsichtlich des Nichtbestehens zu Unrecht gelöschter Rechte am Grundstück nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, da er einem Erben des Veräußerers (s. oben) gleichzustellen ist (str.; RG 123, 56). Dieser Grundsatz gilt selbst dann, wenn es sich bei der Gutsüberlassung nicht um eine Verfügung über das ganze Vermögen, sondern nur um die Veräußerung eines einzelnen Grundstücks von Eltern an Kinder handelt, sofern nur das Geschäft nach seiner Gestaltung lediglich die Vorwegnahme eines später zu erwartenden Erbgangs mit nachfolgender Erbauseinandersetzung darstellt (RG 136, 148).

Soweit **eine Behörde befugt** ist, **um eine Eintragung zu ersuchen** (§ 39 GBO), kommt nirgends ein Erwerb durch Rechtsgeschäft in Frage. Vgl. § 941 ZPO, § 130 ZVG, §§ 1844, 1815, 1693 BGB, § 54 FGG, Art 91 EG. Wenn vor dem Vollstreckungsgericht eine Änderung des Inhalts eines bestehen bleibenden Rechts oder die Eintragung eines neuen Rechts bewilligt wird und die Urkunden dann dem Grundbuchamt vom Vollstreckungsgericht zugehen, so erfolgt die Eintragung allerdings auf Grund eines Rechtsgeschäfts. Aber das Vollstreckungsgericht übermittelt hier nur die Urkunden; zu einem Ersuchen um die Eintragung der bewilligten Rechtsänderung ist es nicht befugt (KGJ 22 A 157).

Ferner steht nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (regelmäßig nach Abs 1 Satz 1, bei einer Verfügungsbeschränkung nach Abs 1 Satz 2: RG 84, 281; 90, 338; A 11) ein **Erwerb** von Rechten an Grundstücken **im Wege der Zwangsvollstreckung** oder der **Arrestvollziehung** (RG 68, 153; 72, 271; 90, 338; RJA 1, 30). Beispiele für solche Erwerbsfälle sind insbesondere: der Erwerb, der sich durch Pfändung oder durch Überweisung an Zahlungs Statt an Reallasten und hypothekarischen Rechten (§§ 830, 835—837, 857 Abs 6 ZPO) vollziehen kann (RG 59, 315; 90, 338; JW 02 Beil 272); der Erwerb durch Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek (§§ 866 f., 932 ZPO; RG 54, 105; 84, 281; RJA 1, 30; OLG 15, 232; KGJ 49, 184). Wenn also Miterben vor erfolgter Auseinandersetzung irrtümlich ohne Auflassung (§ 925 A 2) als Miteigentümer nach Bruchteilen eingetragen worden sind und der Gläubiger eines Miterben auf dessen Bruchteil eine Zwangshypothek hat eintragen lassen, so hat der Gläubiger auch im Falle seiner Gutgläubigkeit kein Recht an dem Grundstück erworben. Wenn aber der Miterbe an seinem Bruchteil rechtsgeschäftlich eine Hypothek bestellt hat, so ist für den gutgläubigen Erwerber die Hypothek rechtswirksam entstanden und bleibt an dem Bruchteil auch dann bestehen, wenn demnächst das Grundbuch durch Eintragung der Erbengemeinschaft berichtigt wird (KGJ 51, 224). Bei der Arresthypothek besteht für die Aufwertung kein Vorrang vor einer gelöschten, aber aufzuwertenden, an erster Stelle eingetragen gewesenen Hypothek, auch nicht, wenn die Arresthypothek erst nach der Löschung der aufzuwertenden Hypothek eingetragen ist; § 20 AufwGes., § 892 BGB finden keine Anwendung (RG Warn 1931 Nr 106). Weiter sind Erwerbsfälle, die nicht unter dem Schutz des § 892 stehen: die Erlangung einer Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung (RG 68, 151; KGJ 33 A 279; OLG 15, 232), ein Erwerb, der übrigens schon deshalb von dem öffentlichen Glauben ausgeschlossen ist, weil die Vormerkung kein Recht ist (A 1, KGJ 33 A 279); der Erwerb einer Sicherungshypothek gemäß § 848 Abs 2 ZPO, da hier der mit dem Übergang des Grundeigentums auf den Schuldner sich vollziehende Erwerb eine Fortwirkung von Zwangsvollstreckungsmaßregeln ist. In diesen Fällen, abgesehen von dem Fall der Vormerkung, findet aber nach dem Ersterwerb des Rechts § 892 wieder Anwendung auf einen späteren rechtsgeschäftlichen Erwerb an dem Recht, z. B. auf dessen weitere Übertragung oder Belastung (Prot 3, 79, s. A 3). Für die Zwangsversteigerung gelten besondere Regeln. Nach §§ 90, 91, 37 Nr 4, 5, §§ 52, 57 ff. ZVG erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag das Grundstück frei von allen Belastungen, die nicht nach den gesetzlichen oder vereinbarten Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen. Er erwirbt das Eigentum nach Maßgabe der Versteigerungsbekanntmachung und des Zuschlagsbeschlusses selbst dann, wenn das Grundstück einem andern als dem Schuldner gehört und ihm dies bekannt ist (RG 45, 284; 72, 271; JW 00, 452[35]; 00, 480[64]; 1911, 211[5]; Warn 1910 Nr 41; Gruch 44, 1006; 55, 1116).

Wird die Einigungserklärung des Passivbeteiligten durch Urteil (§ 894 ZPO) ersetzt, so ist der darauf gegründete Erwerb des anderen Teils nach § 898 ZPO ebenso geschützt wie bei einer freiwilligen Einigung.

5. Es gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Danach ist im Falle eines gutgläubigen Rechtserwerbs der sonst zulässige Gegenbeweis (§ 891 A 4) gegen die Vermutung, daß ein eingetragenes Recht dem Buchberechtigten zusteht (§ 891 A 5) und daß ein gelöschtes Recht nicht besteht (§ 891 A 6), hier zugunsten des Erwerbers ausgeschlossen (RG 49, 8; 86, 356; 116, 181). Im Wege der Fiktion wird also materielles Recht geschaffen. Wenn das Recht des Übertragenden oder Belastenden nicht besteht, so daß der Erwerber ein Recht an sich nicht erwerben könnte, wird vermöge der Fiktion, daß jenes Recht bestehe, das Veräußerte als ein Recht erworben (z. B. das Eigentum oder eine Hypothek am Grundstück, auch wenn der Veräußernde oder der Hypothekbesteller nicht wahrer Eigentümer war: RG 69, 268; 73, 127;

85, 63; Warn 1922 Nr 14; RJA 6, 241). Wenn dem Recht des Veräußerers ein zu Unrecht gelöschtes, noch bestehendes Recht eines Dritten vorgeht, so daß der Erwerber sein Recht an sich nur mit der Beschränkung durch das Recht des Dritten erwerben könnte, wird vermöge der Fiktion, daß das Recht des Dritten nicht bestehe, das erworbene Recht von der Beschränkung frei (z. B. das erworbene Eigentum frei von einer zu Unrecht gelöschten Hypothek). Die Fiktion gilt nur dann nicht, wenn einer der beiden Ausnahmefälle, eingetragener Widerspruch oder Kenntnis der Unrichtigkeit, vorliegt. Über die gleiche Bedeutung des Wortes „gilt" in anderen Fällen vgl. die §§ 1141 Abs 1 Satz 2, 1148 Satz 1, über die Wirkung der Fiktion auch zugunsten des Rechtsnachfolgers des Erwerbers A 2 „Rechtsnachfolger". Zufolge der Fiktion ist derjenige, der von einem im Grundbuch als Berechtigter Eingetragenen, in Wirklichkeit Nichtberechtigten ein Recht am Grundstück oder ein Recht an einem das Grundstück belastenden Rechte gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben hat, in diesem das Recht des wirklich Berechtigten beeinträchtigenden Erwerb nicht nur gegen dingliche, sondern auch gegen schuldrechtliche (persönliche) Ansprüche des nicht eingetragenen wahren Berechtigten geschützt (M 3, 225). Insbesondere steht dem wahren Berechtigten, auch wenn der Erwerber aus Fahrlässigkeit über die Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts in Unkenntnis gewesen ist (z. B. aus Fahrlässigkeit nicht gewußt hat, daß der Bucheigentümer, von dem er sich eine Hypothek hat bestellen lassen, nicht wahrer, sondern nur Scheineigentümer sei), ein Schadensersatzanspruch aus § 823 gegen den Erwerber nicht zu (RG 85, 61; 90, 397). Nur ein Bereicherungsanspruch auf Herausgabe nach Maßgabe des § 816 Abs 1 Satz 2 kann für den wahren Berechtigten gegen den Erwerber gegeben sein, wenn die Verfügung des Nichtberechtigten unentgeltlich erfolgt ist (Prot 3, 82; RG 85, 64).

6. Unter dem **Inhalt des Grundbuchs**, der als richtig gelten soll, ist zu verstehen einmal der nach dem Grundbuchsystem zulässige Inhalt, sodann die Gesamtheit der Einschreibungen, die auf den Rechtsstand des Grundstücks Bezug haben, und zwar nicht bloß nach den Eintragungen in der einzelnen Abteilung oder Spalte, sondern nach dem Zusammenhang der Eintragungen in den verschiedenen Abteilungen (RG 31, 311; 54, 248; 88, 27; 98, 219; 116, 180). Ist z. B. bei einer Hypothek im Grundbuch vermerkt, daß sie den Vorrang vor einem anderen Recht habe, und wird dann die Hypothek abgetreten, so gilt, auch wenn der Vorrangsvermerk zu Unrecht eingetragen ist (§ 881 A 3 zu § 7 AufwG), zugunsten des gutgläubigen Abtretungsempfängers die von ihm erworbene Hypothek als dem anderen Recht im Range vorgehend (RG 130, 66). Der Erwerber des mit Vorrang eingetragenen Rechts ist auch dann durch § 892 geschützt, wenn der Vorrang nur bei dem zurückstehenden, nicht bei dem erworbenen vorgehenden Recht vermerkt ist (RG HRR 1931 Nr 1912). Unter Grundbuch ist nach § 3 GBO das Grundbuchblatt über das betroffene Grundstück zu verstehen (§ 873 A 11). Bei subjektiv- und objektiv-dinglichen Rechten (§§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2: Grunddienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Reallast) ist für ihr Bestehen und ihren Inhalt das Grundbuchblatt über das belastete Grundstück maßgebend (§ 873 A 11 und hier Abs 5). Wenn solche Rechte beim rechtsgeschäftlichen Erwerb des Eigentums am herrschenden Grundstück als dessen Bestandteile (§ 96) auf den Erwerber mit übergehen und daher im Sinne des § 892 als durch Rechtsgeschäft erworben anzusehen sind (A 4), kommt es also für die Frage des guten Glaubens des Erwerbers an die Richtigkeit des Grundbuchinhalts auf den Inhalt des Grundbuchblatts über das belastete Grundstück an (RG 104, 319). Ist z. B. ein Vorkaufsrecht auf dem belasteten Grundstück als subjektiv-dingliches (zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks) eingetragen, so erwirbt der rechtsgeschäftliche Erwerber des herrschenden Grundstücks, der im (zu vermutenden) guten Glauben an die Richtigkeit dieses Grundbuchinhalts ist, das Vorkaufsrecht auch dann als subjektiv-dingliches Recht, wenn es in Wirklichkeit nur für eine bestimmte Person (als subjektiv-persönliches) bestellt und irrtümlich als subjektiv-dingliches eingetragen worden ist (RG 104, 319). Rechtliche Vorgänge außerhalb des Grundbuchs bleiben aber für die Frage des Rechtserwerbs in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs außer Betracht. So erstreckt sich z. B. der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht auf die Vertretungsmacht eines Bevollmächtigten des eingetragenen Berechtigten (RG 134, 284; RG Warn 1933 Nr 8). Hat der Gläubiger einer Sicherungshypothek in Erwartung der tatsächlich nicht erfolgten Zahlung dem Grundstückseigentümer im voraus löschungsfähige Quittung erteilt und tritt der Eigentümer dann die angeblich zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek unter Umwandlung in eine Verkehrshypothek für ein Darlehn an einen Dritten ab (§ 1198), so kann der Dritte sich nicht auf Rechtserwerb in gutem Glauben an die Gläubigerschaft des abtretenden Grundstückseigentümers berufen, wenn dieser nicht im Grundbuch als Gläubiger der aus der Sicherungshypothek angeblich entstandenen Eigentümergrundschuld eingetragen war (RG 86, 353). Dies gilt auch dann, wenn die Abtretung in das Grundbuch eingetragen und dabei vermerkt ist, die zunächst als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangene Sicherungshypothek sei in eine Hypothek für eine Forderung aus einem Darlehn umgewandelt. Denn hierin ist nicht die Einschreibung des Eigentümers als Gläubiger unter Nennung seines Namens zu erblicken (RG 86, 355). Ist das Grundbuch dadurch unrichtig geworden, daß eine Enteignung des Grundstücks stattgefunden hat, der Enteignungsunternehmer aber noch nicht als Eigentümer eingetragen ist, so kann sich derjenige, der

von dem noch eingetragenen früheren Eigentümer ein Recht am Grundstück erwirbt, für den Erwerb des Rechts (z. B. des Eigentums durch Auflassung und Eintragung) nicht auf den guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs berufen, auch wenn die Einleitung des Enteignungsverfahrens aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist. Denn die Enteignung ist ein in Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechts vorgenommener Eingriff in das Eigentumsrecht, der gegen den jeweiligen Eigentümer und gegen jeden späteren Erwerber eines Rechts am Grundstück wirkt (JFG 1, 388). Was unzulässigerweise eingeschrieben ist, muß rechtlich als im Grundbuch nicht vorhanden gelten und kann daher nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs als richtig gewährleistet werden. Dies gilt insbesondere von Eintragungen, die ihrem Inhalt nach sich als unzulässig darstellen und daher nach § 54 Abs 1 Satz 2 GBO vom Grundbuchamt von Amts wegen gelöscht werden können und müssen (RG 88 S. 27 u. 87; 98, 219; 130, 67; JFG 1, 500). So kann z. B. der Erwerber einer Hypothek, die entgegen der Vorschrift des § 1114 auf den Anteil eines Miterben an dem der ungeteilten Erbengemeinschaft gehörigen Grundstück eingetragen worden ist (§ 1114 A 1), sich nicht auf seinen guten Glauben an die Rechtsbeständigkeit der Hypothek berufen (RG 88, 27). Ebensowenig kann der Erwerber eines Grundstücks sich auf das Bucheigentum des Veräußerers berufen, wenn zugleich (in Abteilung II) für einen andern noch ein Erbpachtrecht eingetragen steht, das durch § 2 des preuß. Ablösungsgesetzes v. 2. 3. 50 zu vollem Eigentum an dem Grundstück geworden war. Denn die wahre rechtliche Bedeutung des Grundbuchinhalts ging seit dem genannten Gesetz dahin, daß der als Eigentümer Eingetragene sein Eigentum verloren hatte und der bisherige Erbpächter Eigentümer war. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich aber nicht auf das Nichterkennen der wahren rechtlichen Bedeutung einer Eintragung, die ein kraft gesetzlicher Veränderungen rechtlich unmöglich gewordenes Rechtsverhältnis kundgibt (RG 98, 219). Inhaltlich unzulässige Eintragungen liegen auch dann vor, wenn Eintragungsvermerke (z. B. über das Rangverhältnis zwischen mehreren Rechten am Grundstück) in einem wesentlichen Punkt einander widersprechende Angaben enthalten oder so unklar sind, daß nicht ersehen werden kann, was eigentlich eingetragen ist. Bloße Zweifel über den Inhalt einer Eintragung können deren Unzulässigkeit aber nur dann begründen, wenn sie sich nicht im Wege der Auslegung beheben lassen (RG 113, 229; 130, 67). Aus der Begrenzung des § 892 auf inhaltlich zulässige Eintragungen folgt, daß nicht unter dem öffentlichen Glauben stehen nicht eintragungsfähige und auch gegen Dritte nicht wirkende Rechte (Vorbem 2 vor § 873), wenn sie (versehentlich) eingetragen worden sind. Wegen der Rechte, die zwar nicht eintragungsfähig, aber auch zur Wirkung gegen Dritte nicht eintragungsbedürftig sind, vgl. A 3, 7. Weiter wirkt der Inhalt des Grundbuchs nur für privatrechtliche Verhältnisse (RG Gruch 64, 621). Ist ein Teil eines Grundstücks, z. B. als Weg oder Fluß, öffentlichrechtlicher Natur und somit dem Privatrechtsverkehr entzogen, so ändert es hieran nichts, daß der Teil als im Privateigentum stehend im Grundbuch eingetragen ist. Der Erwerber kann sich also nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen (RG 80, 367; JW 01, 858[56]; 14. 4. 09 V 289/08; § 891 A 3 Abs 2). — Da der Erwerb von Rechten am Grundstück oder an Rechten, die das Grundstück belasten, geschützt werden soll, so muß einerseits alles, was das Grundbuch über das erworbene Recht selbst und über seine rechtlichen Beziehungen zu anderen Rechten aussagt, als unter den Begriff „Inhalt“ fallend erachtet, anderseits alles davon ausgenommen werden, was zwar eingeschrieben werden durfte, aber für die Gestaltung und Wirkung der Rechte ohne Bedeutung ist. Nach der ersten Richtung gehört daher zum Inhalt des Grundbuchs nicht nur das, was bei den einzelnen Rechten in den auf sie bezüglichen besonderen Eintragungsvermerken eingeschrieben ist, sondern auch die sonstigen Einschreibungen, soweit sie Inhalt, Umfang und Rechtswirkung der Grundstücksrechte mitbetreffen, insbesondere also auch die Grundbuchvermerke, die den Gegenstand beschreiben und umgrenzen, auf den sich das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte erstrecken. In § 891 A 3 ist näher ausgeführt, inwieweit sog. tatsächliche Angaben, namentlich diejenigen, die auf das vom Eigentum ergriffene und mit Rechten belastete Grundstück Bezug haben, unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehen oder davon ausgeschlossen sind. Hervorzuheben ist hier, daß die sog. Parzellenverwechslungen nichts Besonderes an sich haben (OLG 2, 492; 6, 12). Ist eine Parzelle, ein begrenzter Teil der Erdoberfläche, irrtümlich bei der Abschreibung von einem Stammgrundstück oder bei einem anderen Anlaß, insbesondere auch (z. B. in Preußen) bei der Zurückführung des Grundbuchblatts auf das Grundsteuerbuch, auf einem andern Grundbuchblatt als dem des wahren Eigentümers eingeschrieben worden, so enthält diese Einschreibung, mag sie durch Angabe einer Parzellennummer des Katasters oder durch eine andere Bezeichnung der Parzelle erfolgt sein, eine Beschreibung und Umgrenzung des von den Eigentums- und sonstigen Rechten des Grundbuchblatts ergriffenen Grundstücks. Sie steht daher fortan zugunsten eines gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs ebenso unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs wie die Einschreibungen, die sich auf die Beschreibung und Umgrenzung der etwa sonst noch auf dem Grundbuchblatt vermerkten Grundflächen beziehen. Ob die Beschreibung und Umgrenzung das ganze Grundstück oder nur einzelne Grundflächen betrifft, macht für den öffentlichen Glauben keinen Unterschied. Würden die Bestandsangaben, soweit

sie das Grundstück beschreiben und umgrenzen, nicht unter den öffentlichen Glauben zu stellen sein, so müßte folgerichtig angenommen werden, daß auch nach einem gutgläubigen Erwerb des Eigentums oder eines das Grundstück belastenden Rechts eine falsch gebuchte Grundfläche immer noch lediglich auf Grund der Nachweisung des wahren Eigentums eines andern als des Veräußerers ohne Zustimmung des Erwerbers für den andern von dem Grundbuchblatt abgeschrieben werden könnte. Unter Umständen würde sogar das Ergebnis nicht zu vermeiden sein, daß der wahre Eigentümer des ganzen Grundstücks die völlige Beseitigung der ohne seine Zustimmung an dem Grundstück erworbenen Rechte zu verlangen berechtigt wäre. Damit könnte dem Erwerber eines belastenden Rechts der Gegenstand seines Rechts gänzlich entzogen und so das Recht selbst bedeutungslos werden, wenn die in der Rechtslehre gelegentlich vertretene Ansicht richtig wäre, daß einem solchen Erwerber nur ein (abstraktes) Eigentum des Veräußerers ohne Beziehung auf einen bestimmten (konkreten) Gegenstand gewährleistet werde (RG Gruch 68, 71). Anderseits kann der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nur auf einen Gegenstand erstrecken, der von Natur ein Teil der Erdoberfläche ist. Denn nur ein solcher Gegenstand ist nach dem Grundbuchsystem ein Grundstück; nur er trägt auch eine Gewähr für die Dauer in sich. Daher wird alles von dem öffentlichen Glauben ausgeschlossen, was nur mit der Erdoberfläche verbunden ist und von ihr wieder entfernt werden kann, mag es auch in gewissen anderen rechtlichen Beziehungen als Bestandteil des Grundstücks gelten. Dies gilt insbesondere von Gebäuden (RG 73, 129; Warn 1924 Nr 98). Die darüber etwa im Grundbuch enthaltenen Angaben gehören nicht zur Beschreibung und Umgrenzung des dem (konkreten) Eigentum zugehörenden Teils der Erdoberfläche, sondern betreffen nur die Beschaffenheit dieses Teils. Daher wird den Erwerbern nicht gewährleistet, daß die im Grundbuch vermerkten Gebäude wirklich vorhanden sind und daß den vorhandenen Gebäuden nicht etwa nach § 95 die sich sonst aus § 94 Abs 1 ergebende Bestandteilseigenschaft fehlt (RG 61, 193; Warn 1924 Nr 98; Gruch 42, 526). Die Frage, ob die Existenz des Grundstücks gewährleistet wird, kann nicht aufgeworfen werden, da das Eigentum sich in die unbegrenzte Tiefe erstreckt und Veränderungen der Oberfläche (z. B. durch dauernde Überschwemmungen) nur die Beschaffenheit des Grundstücks betreffen, die nicht unter dem öffentlichen Glauben steht. Im Falle der sog. Doppelbuchung, wenn also auf verschiedenen Grundbuchblättern einander widersprechende Einschreibungen, insbesondere über die zugehörigen Grundflächen, enthalten sind, gebührt der öffentliche Glaube keiner der Einschreibungen, soweit sie sich gegenseitig ausschließen (§ 891 A 4). Ferner kommt (abgesehen von der Kenntnis des Erwerbers von dem Nichtbestehen des Eigentums seines als Eigentümer eingetragenen Rechtsvorgängers: A 10) der Grundsatz, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auf die Bestandsangaben erstreckt, so weit nicht in Betracht, als sowohl der Wille des Veräußerers wie der des Erwerbers zur Übertragung und zum Erwerb des Eigentums eine auf dem Grundbuchblatt vermerkte Parzelle nicht mitumfaßte. Vgl. hierüber § 925 A 6 und zu RG 73, 125 besonders RG 77, 33.

Zum Inhalt des Grundbuchs gehört nicht **das Übertragungs- oder Belastungsgeschäft**, auf Grund dessen das unter dem Schutze stehende Recht erworben wird. Der Rechtserwerber kann sich zur Begründung seines gutgläubigen Erwerbs auch dann nicht auf die seinen Erwerb verlautbarende Eintragung berufen, wenn die Einigung der Eintragung erst nachfolgt (RG 128, 280). Das den Rechtserwerb begründende Geschäft muß nach allgemeinen Grundsätzen rechtsgültig sein, sonst vollzieht sich der Erwerb überhaupt nicht. Der gute Glaube heilt die Mängel des Rechtsgeschäfts nicht (RG 69, 268; 84, 245; 128, 279). Gab z. B. der Veräußernde oder der ein Grundstücksrecht Bestellende oder der einen Rangrücktritt Erklärende sich fälschlich als den eingetragenen Verfügungsberechtigten aus (M 3, 213; RG 128, 279; RG Warn 1933 Nr 8), fehlte ihm die Berechtigung zur Veräußerung des für einen andern eingetragenen Rechts (RG 84, 245), besaß er keine Rechtspersönlichkeit (war z. B. die veräußernde juristische Person nicht rechtsfähig: RG 88, 89), war er geschäfts- oder sonst verfügungsunfähig (RG 69, 268; OLG 18, 110; wegen der zugunsten einer bestimmten Person beschränkten Verfügungsbefugnis dagegen § 892 Abs 1 Satz 2), mangelte seinem Vertreter die Legitimation (RG 69, 268; 134, 284; oben A 2 Abs 3), fehlte die erforderliche Zustimmung einer Behörde oder eines Dritten (RG 125, 53), so ist das Rechtsgeschäft nicht um deswillen gültig, weil der Erwerber geglaubt hat, diese den Erwerb hindernden Mängel lägen nicht vor. Ist aber der Erwerber trotz solcher Mängel (versehentlich oder weil die Mängel nicht bekannt waren) als Berechtigter eingetragen worden, so wirkt zugunsten eines späteren Erwerbers des Rechts wiederum der öffentliche Glaube. So gilt z. B., wenn eine Hypothekbestellung wegen Wuchers nichtig oder wegen Betrugs erfolgreich angefochten war, die Hypothek zugunsten eines gutgläubigen Zessionars als rechtsgültig bestellt (RG 69, 268; 88, 89). Entsprechendes gilt für den späteren Erwerb im guten Glauben an den zunächst unwirksam eingetragenen Rang (RG 128, 279).

Dem Inhalt des Grundbuchs steht gleich **der Inhalt der** einer Eintragung zugrunde liegenden **Eintragungsbewilligung**, soweit hierauf in den Eintragungsvermerken zulässigerweise (§§ 874, 877 u. § 874 A 7) Bezug genommen ist. Denn insoweit gilt der Inhalt der Eintragungsbewilli-

gung als in das Grundbuch eingeschrieben (über Einsicht dieser Urkunden: § 11 Abs 1 Satz 1, 2, § 93 GBO). Auf den sonstigen Inhalt der Grundakten erstreckt sich aber der öffentliche Glaube auch dann nicht, wenn nach § 94 GBO landesgesetzlich den Beteiligten die Einsicht in die Grundakten gestattet ist (RG 57, 281). Dasselbe gilt von dem Eingangsregister (Präsentationsregister) des Grundbuchamts. Daher steht z. B. die Kenntnis des eingetragenen Berechtigten von einem früheren Eintragungsantrag, der bei richtigem Verfahren, insbesondere nach den Ordnungsvorschriften der §§ 17, 46 GBO, zuerst hätte erledigt werden und so zur Eintragung eines im Range vorgehenden Rechts hätte führen sollen, dem Erwerbe seines Rechts mit Vorrang nicht entgegen (RG 57, 277; KGJ 39 A 248; Prot 3, 90). Die Verletzung dieser Ordnungsvorschriften hindert materiellrechtlich den Erwerb nicht. Steht dem früher gestellten Antrag ein Hindernis entgegen, so hat allerdings das Grundbuchamt, wenn es den Antrag nicht zurückweist, gemäß § 18 Abs 2 GBO eine Vormerkung zugunsten des Antrags einzutragen, bevor es dem zweiten Antrag stattgibt. Ist dies geschehen, so ist die nach Behebung des Hindernisses bewirkte endgültige Eintragung gegenüber der auf Grund des zweiten Antrags erfolgten Eintragung wirksam. Dabei ist einerlei, ob das Recht aus der Eintragung zum zweiten Antrag ohne jene Vormerkung zugunsten des ersten Antrags das Recht aus der Eintragung zum ersten Antrag ausschließen oder nur beschränken würde und ob das Recht aus der Eintragung zum zweiten Antrag noch in der Hand des ursprünglichen Erwerbers steht oder bereits auf einen Rechtsnachfolger übergegangen ist. Die Vorschriften der §§ 883ff. finden auf die Vormerkung des § 18 Abs GBO keine Anwendung. Denn jene Vorschriften dienen nur zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs, während es sich hier um die Sicherung des durch den ersten Eintragungsantrag erlangten Rechts auf Eintragung nach Maßgabe des damals vorliegenden Grundbuchinhalts handelt (str.; RG 55, 342; 110, 207; § 883 A 2 „Rechtsgrund"). Es bedarf daher z. B. weder dann, wenn beide Rechte Belastungen des Grundstücks sind, noch dann, wenn das vorgemerkte Recht eine Belastung ist, das andere Recht aber den Eigentumsübergang betrifft, zur Umschreibung der Vormerkung in das endgültige Recht der Zustimmung des Inhabers des andern Rechts oder seines etwaigen Rechtsnachfolgers, insbesondere nicht nach § 888 (RG 110, 207). Von diesen Gesichtspunkten aus ist auch die Entscheidung RG 62, 375 im Ergebnis richtig. Nicht zu billigen ist aber ihre Begründung dahin, der öffentliche Glaube des Grundbuchs versage gegenüber schon beantragten Eintragungen, wie sich aus dem § 879 BGB und den §§ 17, 46 GBO ergebe, die durch die §§ 892, 893 nicht berührt würden.

Die **Einschreibung** des Rechts **an einer andern Stelle** des Grundbuchs als an der durch die Anordnungen der Landesjustizverwaltung (§ 1 Abs 2 GBO) bestimmten, z. B. in eine unrichtige Abteilung des Grundbuchblatts, hindert weder die Entstehung des Rechts (§ 873 A 10) noch entzieht sie dem Recht den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Denn jene Anordnungen enthalten nur Ordnungsvorschriften, deren Verletzung materielle Nachteile für die Beteiligten nicht zur Folge hat (RG 31, 311; 55, 343; 94, 7).

Sind **subjektiv dingliche Rechte** (z. B. Grunddienstbarkeit: § 1018; Vorkaufsrecht nach §§ 1094 Abs 2, 1103 Abs 1; Reallasten nach §§ 1105 Abs 2, 1110) gemäß § 8 GBO nicht nur auf dem belasteten, sondern auch auf dem herrschenden Grundstück eingetragen, so ist für den öffentlichen Glauben der Inhalt des Grundbuchblattes des belasteten Grundstücks maßgebend. Denn durch § 892 wird der Inhalt des Grundbuchs nur insoweit als richtig gewährleistet, als er das Grundstück betrifft, an dem (nicht für das) ein Recht erworben wird (§ 873 A 11 und oben Abs 1). Dasselbe gilt vom Erbbaurecht und den anderen Rechten an Grundstücken mit Grundstücksnatur (§ 903 A 2), die nach §§ 7, 84 GBO ein eigenes Grundbuchblatt erhalten. Für die **Hypothek** bestehen mehrere besondere Vorschriften: Für sie — d. h. für das dingliche Recht, nicht für das persönliche Schuldverhältnis (RG 49, 8; JW 08, 658[9]) und nach § 1185 Abs 2 nur für die Verkehrshypothek, nicht für die Sicherungshypothek — gilt der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 1138 auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden, ferner gemäß § 1157 Satz 2 in Ansehung der im Falle der Abtretung der Hypothek gegenüber dem neuen Gläubiger nach § 1157 Satz 1 dem Eigentümer zustehenden Einreden. Ausnahmen gelten aber wiederum für Ansprüche auf Zinsen usw. nach Maßgabe der §§ 1158, 1159 Abs 1, 2. Soweit bei einer Briefhypothek die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief hervorgeht, ist nach § 1140 die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen. Der gemäß § 1155 ausgewiesene Besitzer des Hypothekenbriefs steht hinsichtlich des öffentlichen Glaubens einem im Grundbuch als Gläubiger eingetragenen Berechtigten gleich.

Als Sondervorschriften, in deren Bereich § 892 eine Rolle spielt, kommen noch in Betracht: § 1028 Abs 2 für die Verjährung von Grunddienstbarkeiten, § 1010 für den Eintragungszwang bei Miteigentum und Artt 114, 118, 187, 188 EG als Vorbehalte für das Landesrecht. Eintragungen in öffentliche Bücher des früheren Grundbuchrechts stehen von dem Zeitpunkt ab, in dem diese Bücher als Grundbücher im Sinne der Reichsgesetze gelten (Art 186 EG; § 87 GBO), den unter der Herrschaft des neuen Rechts bewirkten Eintragungen gleich (RG 47, 229; JW 06, 17[16]; Gruch 51, 609). Über die entsprechende Anwendung

des § 892 in Landesteilen, für die das Grundbuch noch nicht angelegt ist, im Hinblick auf gelöschte, also nach dem AufwG aufzuwertende und wiedereinzutragende Hypotheken vgl. **RG** 122, 128.

7. Als **richtig** gilt der Grundbuchinhalt. Er gilt **daher auch als vollständig.** Denn das Grundbuch gibt den Rechtsstand eines Grundstücks nur dann richtig wieder, wenn alle Rechte, die an dem Grundstück oder an Belastungen des Grundstücks bestehen, mit ihrem Inhalt und Rang in das Grundbuch eingeschrieben sind (**RG** 62, 100; 93, 65; 116, 180). Demnach wird dem gutgläubigen Erwerber nicht nur gewährleistet, daß der eingetragene Berechtigte, von dem er das erworbene Recht ableitet, der wahre Berechtigte ist und daß dessen Recht mit dem grundbuchmäßigen Inhalt und Rang besteht (z. B. daß der ihm eine Hypothek Bestellende Eigentümer des Grundstücks ist oder daß der ihm eine Hypothek Übertragende Gläubiger der Hypothek und diese rechtsgültig bestellt ist: A 5, 6; **RG** 69, 268; 116, 180). Vielmehr wird ihm auch gewährleistet, daß gelöschte Rechte wirklich erloschen sind und daß sonst keine Rechte außerhalb des Grundbuchs bestehen, die dem erworbenen Recht entgegenstehen oder es beschränken könnten (z. B. nicht eine ehemals vor der erworbenen eingetragene Hypothek, die zu Unrecht gelöscht ist, die also an sich noch besteht und den Vorrang haben sollte: A 2, 5; **RG** 62, 100; 116, 181; Warn 1912 Nr 11; RJA 16, 149; OLG 45, 288; § 891 A 6). Was die erstere sog. positive Wirkung des öffentlichen Glaubens anlangt, so kann indessen derjenige, der ein nicht eintragungsfähiges oder ein zwar eintragungsfähiges, aber nicht eintragungsbedürftiges Recht erwirbt, sich für das Bestehen des Rechts nicht auf seinen guten Glauben berufen, auch wenn das Recht eingetragen ist. Ausnahmen bilden hier allerdings der Nießbrauch aus § 1075 und die Sicherungshypotheken aus § 1287 Satz 2 und ZPO § 848 Abs 2. Was die zweite sog. negative Wirkung betrifft, so haben einerseits (versehentlich) eingetragene, aber nicht eintragungsfähige und gegen Dritte nicht wirkende Rechte gegenüber dem erworbenen Recht trotz der Eintragung keine Kraft. Anderseits sind nicht eintragungsbedürftige Rechte, gleichviel ob sie eintragungsfähig sind (z. B. preuß. Rentenbankrenten: Vorbem 2 vor § 873) oder nicht (z. B. die gesetzlichen Überbau- und Notwegrenten nach §§ 914 Abs 2, 917 Abs 2), dem erworbenen Recht gegenüber auch dann wirksam, wenn sie nicht eingetragen oder nach der Eintragung (versehentlich) wieder gelöscht sind. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob sie dem Erwerber bekannt gewesen sind oder nicht. Ausgenommen sind hier wiederum die Rechte aus §§ 1075 ,1287 Satz 2, ZPO § 848 Abs 2, da sie zwar ohne Eintragung entstehen, aber zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung bedürfen. Das Nähere hierüber vgl. in A 3, 6. Abgesehen von den Fällen des erweiterten Schutzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach § 893 wirkt der Grundsatz, daß der eingetragene Berechtigte als der wahre Berechtigte gilt, in Fällen des Rechtserwerbs im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs nur zugunsten desjenigen, der ein Recht von diesem Berechtigten (durch Rechtsgeschäft) erwirbt, nicht zugunsten eingetragener Berechtigter, die bei dem Rechtserwerb unbeteiligt sind. Daher verhilft der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auch nicht dazu, daß zugunsten des Grundstückserwerbers derjenige, für den ein begrenztes Recht an dem Grundstück eingetragen ist, als der wirkliche und ausschließliche Berechtigte anzusehen wäre. Der Erwerber muß also z. B. dulden, daß eine abgetretene und auf den neuen Gläubiger umgeschriebene Hypothek wegen nachträglich festgestellter Nichtigkeit der Abtretung wieder auf den alten Gläubiger umgeschrieben wird. Hier gilt also (außer § 893) nur die widerlegbare Vermutung des § 891 Abs 1, nicht § 892 (**RG** 116, 182; 126, 181; für § 17 AufwG vgl. auch A 10 a.E.). Kraft besonderer Gesetzesvorschriften wirken gewisse Ansprüche, obwohl sie nicht Rechte am Grundstück sind und in das Grundbuch nicht aufgenommen werden dürfen, doch gegen den Rechtsnachfolger im Eigentum, auch wenn er das Bestehen der Ansprüche nicht gekannt hat. Hierher gehören die Ansprüche: des Besitzers gegen den Eigentümer wegen Verwendungen im Sinne des § 999 Abs 2; des Mieters und des Pächters im Falle der Grundstücksveräußerung nach Maßgabe der §§ 571, 581 (vgl. auch die Übergangsvorschrift des Art 172 EG). Wird bei der Übertragung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils auf ein anderes Grundbuchblatt ein eingetragenes Recht nicht mitübertragen, so gilt es in Ansehung des Grundstücks oder des Teiles als gelöscht (§ 47 Abs 2 GBO; KGJ 27 A 115; RJA 242).

8. Aus den Worten **„es sei denn"** folgt, daß derjenige, dessen Recht verletzt wird, wenn der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des Erwerbers als richtig gilt, und der sein Recht der gesetzlichen Vermutung zuwider gegenüber dem Erwerber zur Geltung bringen will, das Vorliegen eines der beiden **Ausnahmefälle des Abs 1 Satz 1 Halbs 2 nachweisen** muß. Der Erwerber braucht insbesondere keinen Beweis für seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchinhalts zu führen, sondern kann sich darauf beschränken, auf den Inhalt des Grundbuchs zu verweisen (M 3, 212). Dies gilt auch im Grundbuchverfahren. Das Grundbuchamt hat daher z. B. einen Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs (etwa durch Wiedereintragung einer gelöschten Hypothek nach den §§ 14, 15, 16, 20 AufwG) abzulehnen, wenn der Berichtigung ein inzwischen erfolgter Grundstückserwerb entgegensteht (§ 20 AufwG, § 892 BGB) und nicht der Nachweis der Bösgläubigkeit des Erwerbers in der Form des § 29 GBO oder durch ein rechts-

kräftiges Urteil gegen ihn auf Bewilligung der Eintragung erbracht wird (RG 116, 344). Der dem Erwerber gewährte Schutz ist vom Gesetz auch nicht davon abhängig gemacht, daß er vor dem Erwerb das Grundbuch eingesehen hat (M 3, 212; RG 74, 420). Daß bei Gutgläubigkeit des Erwerbers der Erwerb eines eingetragenen Rechts sich trotz der Unrichtigkeit des Grundbuchs rechtsgültig vollzieht, steht aber natürlich nicht einer solchen Anfechtung des Erwerbs entgegen, die ihrem Begriffe nach nur gegen an sich rechtsgültige Geschäfte gerichtet werden darf, also namentlich nicht einer Anfechtung nach dem AnfG und der KO (§ 42 KO; RG 51, 284; 68, 153; JW 1910, 762[33]).

9. Ein **gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragener Widerspruch** (§§ 894, 899) ist ein Widerspruch, der sich gegen das Recht richtet, das erworben werden soll. Er kann sich entweder ausschließlich (z. B. wenn eine zu übertragende Hypothek nichtig und das Eigentum davon frei sein soll) oder doch unter anderen auch gegen dieses Recht richten (z. B. wenn das wahre Eigentum einem andern als dem Bucheigentümer zustehen und die von diesem demnächst ausgehenden Belastungen unwirksam sein sollen, oder wenn eine zu Unrecht gelöschte, daher außerhalb des Grundbuchs noch bestehende Hypothek gegen spätere Veräußerungen und Belastungen gesichert werden soll). Durch die Eintragung des Widerspruchs soll ein Recht für den Fall, daß es außerhalb des Grundbuchs besteht und nachgewiesen werden kann, gegen spätere rechtsgeschäftliche Verfügungen (s. unten a. E.) gesichert werden (RG 117, 352; 121, 47). Der nach der Bestellung einer Hypothek eingetragene Widerspruch gegen das Grundstückseigentum des Bestellers steht einem gutgläubigen Erwerb der vom Ersterwerber noch nicht erworbenen Hypothek durch einen Abtretungsempfänger entgegen (RG 129, 124). § 892 Abs 1 Satz 1 setzt einen sachlich begründeten Widerspruch voraus (RG 128, 55). Die Widerspruchseintragung muß das Recht, das gesichert werden soll (den Berichtigungsanspruch), bezeichnen (z. B. das Eigentum, das von der nichtigen Hypothek frei werden soll; das Eigentum des wahren Eigentümers; die zu Unrecht gelöschte Hypothek). Sie muß ferner den Inhalt des Widerspruchs angeben und den Rechtsinhaber, gegen den sich der Widerspruch richtet, sowie den Berechtigten, zu dessen Gunsten der Widerspruch eingetragen wird, benennen. Andernfalls ist der eingetragene Widerspruch unwirksam. Denn für seine Eintragung, an deren Stelle demnächst die Eintragung des gesicherten Rechts treten soll, gelten dieselben Erfordernisse wie für die Eintragung des Rechts selbst (KGJ 23 A 133; 36 A 178; OLG 8, 109; 9, 342; 12, 166; RJA 11, 131). Die besonderen Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs herleitet, also den Grund für die Entstehung des Berichtigungsanspruchs, braucht die Eintragung aber nicht zu enthalten. Der Widerspruch ist mithin auch dann rechtswirksam, wenn die in der Eintragung gegebene besondere Begründung nicht zutrifft, der Widerspruch sich aber aus einem andern Grund als gerechtfertigt erweist (JFG 2, 293). Die sonstigen Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs sind im § 899 A 1, 2, 3 erörtert. — Wird in der Zwangsversteigerung gegen eine in das geringste Gebot aufgenommene, in Wahrheit nicht bestehende Hypothek (§ 50 Abs 1 ZVG) Widerspruch erhoben und für die bedingt zugeteilte Forderung des Widersprechenden gegen den Ersteher eine Sicherungshypothek eingetragen (§§ 125, 128 ZVG), so enthält diese Eintragung nicht die Eintragung eines Widerspruchs. Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 Abs 2 liegen hier nicht vor. Die Sicherungshypothek richtet sich überhaupt nicht gegen die im geringsten Gebot berücksichtigte Hypothek, sondern stellt eine selbständige bedingte Hypothek dar (§ 1113 A 2). Ihre Eintragung schließt also nicht aus, daß die im geringsten Gebot stehende Hypothek von einem Dritten mit der Wirkung nach § 892 erwoben werden kann und dann trotz ihrer früheren Nichtigkeit als rechtsbeständig gilt, wenn der Dritte, dem die Kenntnis von der Eintragung der Sicherungshypothek unschädlich ist, beim Erwerbe bezüglich des Bestehens der erworbenen Hypothek gutgläubig war (OLG 39, 212). — Die Eintragung des Widerspruchs muß dem Erwerb des davon betroffenen Rechts vorangegangen sein. In der Regel vollzieht sich dieser Erwerb ebenfalls durch Eintragung (§ 873 Abs 1). Dann ist entscheidend, welche von den beiden Eintragungen die frühere ist. Auf die Zeit der Stellung der Eintragungsanträge kommt es nicht an (JFG 2, 292). Ist der Antrag auf Eintragung des Widerspruchs früher zu den Grundakten gelangt als der Antrag auf Eintragung des Rechtserwerbs, wird aber die Eintragung des Rechtserwerbs entgegen den Ordnungsvorschriften der §§ 17, 46 GBO vom Grundbuchamt früher bewirkt als die Eintragung des Widerspruchs, so hat der Widerspruch keine Wirkung gegenüber dem eingetragenen Rechtserwerb. Denn nach dem Gesetze wirkt nur ein (vorher) eingetragener Widerspruch. Die Tatsache des gestellten Eintragungsantrags steht aber wie bei anderen Eintragungen so auch beim Widerspruch der vollzogenen Einschreibung materiellrechtlich nicht gleich (str.; RG 57, 277; A 6 „Eingangsregister"). Der Abs 2 § 892 findet hier keine Anwendung. Denn er bezieht sich nur auf die zweite Ausnahme von der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, auf die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs (str.; JFG 2, 292). Selbstverständlich bleibt aber dem Widerspruchsberechtigten, wenn demnächst sein durch den Widerspruch gesichertes Recht festgestellt wird, unbenommen nachzuweisen, daß der Erwerber bereits zur Zeit des (erst nach dem Antrag auf Eintragung des Widerspruchs) ge-

stellten Antrags auf Eintragung seines Erwerbs Kenntnis von dem gesicherten Recht gehabt habe. Auf diesem Wege kann dann der Widerspruchsberechtigte sein Recht gemäß Abs 2 gegenüber dem Erwerber des andern Rechts zur Geltung bringen. Auch wird für das Grundbuchamt beim Vorliegen des Antrags auf Eintragung des Widerspruchs Anlaß gegeben sein können, wegen der Bedenken gegen die Richtigkeit des Grundbuchs den Eintragungsantrag des Erwerbers abzulehnen (KGJ 28 A 93). Ist zu dem Erwerb außer der Einigung ausnahmsweise ein anderer rechtswirkender Umstand als die Eintragung erforderlich (z. B. die Übergabe des Hypothekenbriefs bei Übertragung einer Briefhypothek: § 1154 Abs 1), so kommt es darauf an, ob der Widerspruch vor Eintritt dieses Umstandes eingetragen war (A 2, 4 „Eintragung"). Vgl. aber § 1139 über die rückwirkende Kraft eines Widerspruchs gegen eine Darlehns-Buchhypothek. — Der Widerspruch hindert die Verfügung über das von ihm betroffene Recht nicht (RG 117, 352). Der Erwerb hat nur gegenüber dem durch den Widerspruch gesicherten Recht, wenn dieses besteht, keine Wirkung (JFG 2, 294). Hat ein Nichtberechtigter oder ein Vertreter ohne Vertretungsmacht über das Recht trotz des Widerspruchs verfügt, so hindert der Widerspruch zwar nicht, daß die gemäß §§ 177, 185 erfolgende Genehmigung des Berechtigten oder des Vertretenen nach § 184 zurückwirkt. Für die Frage, ob die Voraussetzungen des Gutgläubigkeitsschutzes vorliegen, ist aber nicht der Zeitpunkt der Vornahme des genehmigten Rechtsgeschäfts maßgebend, sondern der Zeitpunkt der Genehmigung (RG 134, 286 unter Einschränkung von RG 69, 263).

10. Soll die zweite Ausnahme von der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, die **Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit,** vorgelegen haben, so muß derjenige, der dies geltend macht, nachweisen (A 8), einmal (nach der objektiven Seite), daß das Grundbuch in einem bestimmten Punkte unrichtig ist, und sodann (nach der subjektiven Seite), daß dem Erwerber diese Unrichtigkeit bekannt gewesen ist.

Unrichtig in dem hier in Betracht kommenden Sinne **ist das Grundbuch,** wenn entweder ein eingetragenes Recht des die Unrichtigkeit Behauptenden mit einem (an den Erwerber übertragenen oder zu dessen Gunsten belasteten) Recht belastet ist, das in Wirklichkeit nicht besteht, oder wenn außerhalb des Grundbuchs ein dingliches Recht des Behauptenden besteht, von dem das erworbene Recht ausgeschlossen oder doch beschränkt wird (Beispiele in A 2, 5, 7). Das Grundbuch ist aber nicht schon um deswillen unrichtig, weil dem Behauptenden ein persönlicher (schuldrechtlicher) Anspruch auf Einräumung eines Rechts am Grundstück zusteht, sondern nur dann, wenn es ein bestehendes dingliches Recht nicht aufweist (RG Warn 1928 Nr 128 a. E.). Daher schadet z. B. demjenigen, der das Grundstück oder ein begrenztes Recht am Grundstück von dem eingetragenen Eigentümer erwirbt, nicht die Kenntnis davon, daß dem Behauptenden gegen den Eigentümer ein persönlicher (schuldrechtlicher) Anspruch auf Übertragung des Eigentums (z. B. aus einem Kaufvertrag) oder auf Einräumung eines begrenzten Rechts am Grundstück (z. B. des Nießbrauchs auf Grund eines Schenkungsversprechens oder einer Hypothek auf Grund der übernommenen Bestellungspflicht) zusteht (RG 18, 294; 19, 298; 62, 138; JW 1910, 390[7]; Gruch 35, 1101; 41, 1030; 51, 989; A 2 Abs 2). Auch wenn der Behauptende sich auf eine mit dem Berechtigten bereits vollzogene (dingliche) Einigung (§ 873) über die Einräumung eines Rechts berufen kann, ohne daß aber der zur Entstehung des Rechts weiter erforderliche rechtswirkende Umstand vorliegt (in der Regel die Eintragung, ausnahmsweise ein anderer Umstand, z. B. bei Übertragung einer Briefhypothek gemäß § 1154 Abs 1 die Übergabe des Briefs), ist das Grundbuch zur Zeit des bei dieser Sachlage vollzogenen Erwerbs eines Dritten nicht unrichtig. Dem Erwerber schadet also die Kenntnis von jener Einigung nicht. Denn ein dingliches Recht war für den Behauptenden noch nicht entstanden (RG 73, 53; § 873 A 13 „Verfügungsbeschränkung"). Selbst die Kenntnis von einem dem Grundbuchamt früher vorgelegten Antrag auf Eintragung eines Rechts für den Behauptenden steht dem Erwerb eines Rechts, dessen Eintragung erst später beantragt, aber versehentlich (§ 17 GBO) vor Erledigung des früheren Antrags vom Grundbuchamt vorgenommen worden ist, mit dem dann aus der Eintragung sich ergebenden Range nicht entgegen (RG 57, 277; KGJ 39 A 248; A 6 „Eingangsregister"). In allen diesen Fällen kann für den Behauptenden gegen den Erwerber höchstens ein Schadensersatzanspruch aus einem Schuldverhältnisse zwischen beiden oder aus unerlaubter Handlung nach Maßgabe des § 826 gegeben sein (RG 57, 282; 62, 137; JW 1910, 690[7]; Gruch 51, 987). Ist eine gelöschte Hypothek nach § 14 oder nach § 15 AufwG kraft Vorbehalts oder kraft Rückwirkung aufzuwerten, so ist das Grundbuch insoweit unrichtig, als das Recht auf Aufwertung (§ 4) und auf Wiedereintragung des Aufwertungsbetrags (§ 20 AufwG) für den bisherigen Gläubiger nach rechtzeitiger (§ 16) Anmeldung besteht (§ 894 A 5 a. E.).

Hat der Behauptende die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen (z. B. der das Eigentum an einer eingetragenen Parzelle Beanspruchende, daß dem Rechtsvorgänger des Erwerbers das Eigentum an der Parzelle nicht zustand: RG Warn 1911 Nr 433; der behauptende Eigentümer, daß die an den Erwerber übertragene Hypothek nicht dem übertragenden Gläubiger, sondern gemäß §§ 1163, 1177 ihm als Grundschuld zugestanden hat: RG Gruch 50, 985; 50, 988), so kommt es weiter auf den Beweis an, daß **der Erwerber von dieser Unrichtigkeit Kenntnis gehabt hat.**

Wann dieser Beweis als erbracht angesehen werden kann, ist eine Frage der Beweiswürdigung im einzelnen Falle (RG JW 1911, 153[11]; Warn 1912 Nr 392; 1914 Nr 253; Gruch 58, 1023). Bestimmte Regeln lassen sich darüber nicht aufstellen. Die Grundsätze über den sog. prima facie-Beweis sind hier nicht anzuwenden (RG 130, 359). Im allgemeinen wird die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs anzunehmen sein, wenn bewiesen ist, daß dem Erwerber die Tatsachen bekannt gewesen sind, aus denen sich nach dem Gesetz die Unrichtigkeit des Grundbuchs ohne weiteres ergibt. So wird regelmäßig z. B. genügen: die Kenntnis von der Entmündigung eines Beteiligten an der Einigung über die Bestellung des dem Erwerber übertragenen Rechts, die Kenntnis von der Nichtzahlung des Darlehns auf eine dem Erwerber verpfändete Hypothek, die Kenntnis des Erwerbers einer Hypothek von einer arglistigen Täuschung oder Bewucherung bei der Begründung einer Hypothekenforderung (§ 1138). Indessen können im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die trotz Kenntnis solcher Tatsachen der Möglichkeit eines guten Glaubens Raum geben (RG 69, 268; 78, 73; 116, 106; Gruch 58, 1023). Insbesondere kann (z. B. bei nicht einfacher Rechtslage oder bei ungewöhnlichen Rechtsverhältnissen) auch ein Rechtsirrtum in Betracht kommen. Denn nach dem Gesetz ist an sich nicht die Kenntnis von Tatsachen nachzuweisen, sondern die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts als solchem, d. h. von der Unrichtigkeit der Eintragungen über ein dingliches Recht (Prot 3, 85 f.; RG 116, 106; 117, 187; RG JW 1911, 153[11]; Warn 1912 Nr 392; Gruch 50, 988; 50, 991; 58, 1023; OLG 12, 132; JW 1926, 65[3]; 1926, 2215[3]). Bleibt daher die Möglichkeit, daß der Erwerber trotz nachgewiesener Kenntnis der die Unrichtigkeit ergebenden Tatsachen wegen rechtsirriger Auffassung das Grundbuch bezüglich des fraglichen Rechts nicht für unrichtig gehalten hat, so ist dem Behauptenden der Nachweis der Kenntnis nicht gelungen (RG 91, 223; 98, 220; Gruch 58, 1023). So liegt die Sache z. B. dann, wenn der Zessionar einer Hypothek trotz Kenntnis der Tatsache, daß die durch die abgetretene Hypothek gesicherte Forderung aus einem Bordellkauf stammt, die Hypothek als für den Zedenten rechtsgültig begründet erachtet hat (§ 1138; RG 81, 266; RG Gruch 50, 987; 58, 1023; Warn 1914 Nr 253; 1919 Nr 24; in Gruch 63, 483 wird im Ergebnis dieselbe Ansicht vertreten, aber nicht klar zwischen Nichtigkeit der Hypothekenforderung und Nichtigkeit des Hypothekenrechts unterschieden). Ebenso fehlt der Beweis der Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts beim Erwerber einer Hypothek, wenn er trotz Kenntnis des Nichtvorliegens der zu einem früheren Hypothekerwerb erforderlichen Zustimmung eines Dritten die Hypothek als für seinen Veräußerer rechtswirksam begründet angesehen hat (RG 84, 400). Selbstverständlich ist aber nicht jeder Behauptung des Erwerbers, daß er sich im Rechtsirrtum befunden habe, ohne weiteres zu glauben. Vielmehr ist die Glaubwürdigkeit einer solchen Behauptung nach den Umständen des Einzelfalls vom Gericht zu prüfen (RG 91, 223; Gruch 58, 1023; Warn 1912 Nr 392; JW 1926, 2215[3]). Erkenntnisquellen werden besonders Mitteilungen des Veräußerers sein. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, daß auch durch Mitteilungen glaubwürdiger Dritter die Kenntnis erlangt wird (RG JW 1910, 813[13]). Ein Kennenmüssen, also nach § 122 Abs 2 ein Nichtkennen aus Fahrlässigkeit, steht der wirklichen Kenntnis nicht gleich (KGJ 49, 205; anders bei beweglichen Sachen § 932 Abs 2). Auch erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs, die nicht zur Kenntnis der Unrichtigkeit sich verdichtet haben, und bloßes Rechnen mit der Möglichkeit der Unrichtigkeit genügen nicht (RG 117, 188; RG JW 1929, 581[10]; LZ 1932, 764[8]; für Grenzfälle, in denen Rechtsirrtum in Frage kommt, vgl. oben und RG JW 1928, 102[5]). Unter Umständen kann aber das Bewußtsein der Möglichkeit, einem andern durch den Erwerb Rechtsnachteile zuzufügen, die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach § 826 ausschließen, wenn nämlich der Erwerb zum eigenen Vorteil auf die Gefahr des Schadens anderer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorgenommen wird (RG 117, 189; RG JW 1929, 581[10]; § 826 A 6). Ein solches sittenwidriges Verhalten beim Erwerb kann z. B. vorliegen, wenn eine Gesellschaft m. b. H. zur Ausschaltung der Folgen des bei ihrem Geschäftsführer vorhandenen bösen Glaubens gerade für das Erwerbsgeschäft einen Geschäftsführerwechsel vornimmt (RG SeuffA 82 Nr 170). — Für die Anwendung des § 892 ist es ferner belanglos, ob der Erwerber das Grundbuch eingesehen hat oder nicht (A 8). Es kommt auch nicht darauf an, ob er überhaupt auf das, was im Grundbuch enthalten sein möge, bei seinem Erwerb Rücksicht genommen oder lediglich das für maßgebend erachtet hat, was ihm von anderer Seite, insbesondere von seinem Rechtsurheber, mitgeteilt worden ist. Die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchinhalts schafft ihm auch in diesen Fällen materielles Recht (A 5). Er kann sich selbst dann darauf stützen, wenn ihm kraft der Fiktion weitergehende Rechte zustehen, als er auf Grund der Mitteilungen bei dem Erwerb angenommen hat. Deshalb ist die Ausführung in RG 61, 195 nicht zutreffend, der Erwerber könne sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, wenn er zwar die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gekannt, aber seinen Erwerb nicht im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs vollzogen habe, sondern lediglich den Angaben seines Veräußerers gefolgt sei. Davon enthält das Gesetz nichts. Nur die Kenntnis der Unrichtigkeit schließt die Fiktion aus. Die beanstandete Ausführung ist auch bereits in RG 86, 356 aufgegeben mit dem Bemerken, § 892 stelle die einer Widerlegung nicht zugängliche Fiktion der Richtigkeit des Grund-

buchinhalts auf und versage dem rechtsgeschäftlichen Erwerber den Schutz nur dann, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs entweder aus dem Grundbuch selbst erhelle oder nachweislich dem Erwerber bekannt gewesen sei. Die Entscheidung in RG 61, 195 war übrigens im Ergebnis deswegen zutreffend, weil auf das Gebäude, das der Beklagte mit dem Grund und Boden erworben haben wollte und das der Kläger auf Grund eines Erwerbs nach früherem Recht seinerseits in Anspruch nahm, der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich überhaupt nicht erstreckte (A 6 „tatsächliche Angaben"). In RG 74, 416 ist angenommen, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs demjenigen nicht zur Seite stehe, der nicht im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs erworben haben könne, weil zur Zeit des den Erwerb begründenden Rechtsgeschäfts das vom Erwerb betroffene Recht noch nicht eingetragen war. Hierüber ist das Erforderliche in A 3 Abs 2 gesagt. Ist der Rechtsurheber, von dem der Erwerber seinen Erwerb herleitet, im Grundbuch nicht als Berechtigter eingetragen, obwohl er nur im Falle seiner Eintragung Berechtigter sein könnte, so kann überhaupt nicht davon die Rede sein, daß der Erwerber hinsichtlich der Berechtigung des Rechtsurhebers in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs gewesen ist. Denn das Grundbuch enthielt nichts davon, daß der Rechtsurheber Berechtigter sei. Sein Inhalt umfaßte die Berechtigung des Rechtsurhebers nicht, sondern sprach sogar gegen das Bestehen der Berechtigung (RG 74, 421; 86, 355; 89, 162; 116, 353; 128, 284). Verstieß die Eintragung einer Hypothek gegen ein nicht eingetragenes Veräußerungsverbot, das gegen den die Hypothek bestellenden Eigentümer erlassen war und eine Verfügungsbeschränkung enthielt (§ 878 A 3), so ergibt sich die Bösgläubigkeit des Dritten, der die Hypothek erwirbt, nicht schon daraus, daß er beim Erwerb der Hypothek Kenntnis von dem Veräußerungsverbot gehabt hat. Vielmehr muß ihm nachgewiesen werden, daß er sich bei dem Erwerb bewußt gewesen ist, sein Rechtsvorgänger habe die Hypothek nicht rechtsgültig erworben (RG 89, 162). Kennt der Erwerber die Anfechtbarkeit der Einigung, die der Bestellung einer ihm übertragenen Hypothek zugrunde liegt, oder der Auflassung an den Bucheigentümer, der für ihn eine Hypothek bestellt, so steht diese Kenntnis nach § 142 Abs 2 der Kenntnis der Nichtigkeit jener Einigung oder Auflassung gleich, wenn die Anfechtung erfolgt (RG 89, 157; Warn 1911 Nr 360). Aus einem Löschungsvermerk ist nicht die Schlechtgläubigkeit bezüglich des Bestehens eines zu Unrecht gelöschten Rechts zu entnehmen (§ 891 A 6). Über den Zeitpunkt, in dem die Kenntnis vorliegen muß, vgl. A 13. Die Besonderheiten bei der Hypothek sind in A 6 „Hypothek" und in § 1138 A 3b erörtert. Ist der Erwerber von einem andern bei dem Erwerb vertreten worden, so kommt es nach § 166 Abs 1 nicht auf die Kenntnis des Erwerbers, sondern auf die des Vertreters an. Eine Ausnahme bildet der Fall der Vollmachterteilung unter bestimmten Weisungen nach § 166 Abs 2 Satz 1. Findet eine Vertretung durch mehrere Personen (Kollektivvertreter) statt, so genügt es, wenn einem der Vertreter (z. B. einem Vorstandsmitglied der eingetragenen Genossenschaft oder der Aktiengesellschaft, einem Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft, einem Vertreter des Fiskus) die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt ist (RG 9, 143; 59, 408; JW 93, 429[19]; Gruch 29, 703). Kenntnis des Grundbuchamts gilt nicht als Kenntnis eines Vertreters (RG 89, 162). Wird ein Grundstück in einem Rechtsstreit, der das Nichtbestehen des eingetragenen Eigentums zum Gegenstand hat, nach der Rechtshängigkeit veräußert, so wirkt das ergehende Urteil nach Eintritt der Rechtskraft gemäß § 325 Abs 1, 2 ZPO gegen den Rechtsnachfolger, wenn er zur Zeit des Erwerbs entweder die Rechtshängigkeit oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs bezüglich des eingetragenen Eigentums gekannt hat (RG 79, 165; 88, 268; Gruch 60, 509; 61, 145). Daß der gute Glaube sich nicht erstreckt auf das Nichterkennen der wahren rechtlichen Bedeutung einer Eintragung, die ein kraft gesetzlicher Veränderungen rechtlich unmöglich gewordenes Rechtsverhältnis kundgibt, ist bereits in A 6 dargelegt. — Ist das Grundbuch insofern unrichtig, als eine gelöschte Hypothek nach § 14 oder § 15 AufwG kraft Vorbehalts oder kraft Rückwirkung aufzuwerten ist (§ 894 A 5 a. E.), hat aber nach der Löschung ein Dritter rechtsgeschäftlich das Grundstückseigentum oder ein das Grundstück belastendes Recht erworben, so hängt es nach §§ 20, 6 AufwG, § 892 BGB von der Bösgläubigkeit des Erwerbers ab, ob gegen den neuen Grundstückseigentümer die Wiedereintragung der Hypothek in Höhe des Aufwertungsbetrags erfolgen kann oder ob die in Höhe des Aufwertungsbetrags wieder einzutragende Hypothek den Rang vor dem Recht des Erwerbers erlangt (JW 1926, 264[5]; JFG 3, 358; OLG 46, 45). Im Falle der Rückwirkung ist dabei zu unterscheiden, ob der Rechtserwerb des Dritten nach der 3. StNotV. v. 14. 2. 24 oder vorher stattgefunden hat. Ist ersteres geschehen, so kommt (abgesehen von dem Ausnahmefall des § 22 Abs 1 AufwG: Erwerb durch den Eigentümer oder dessen nahe Verwandten nach 1. 1. 25) eine Unrichtigkeit des Grundbuchs und somit eine Bösgläubigkeit nicht in Frage. Denn nach § 11 der 3. StNotV war jedes Recht auf Aufwertung ausgeschlossen, wenn der Gläubiger sich seine Rechte bei der Zahlungsannahme oder der Löschungsbewilligung nicht vorbehalten hatte. Die gelöschte Hypothek hatte also als wirklich nicht bestehend zu gelten (JFG 3, 413; OLG 46 S. 26, 40; JW 1927, 460[1]). Ist der Erwerb dagegen vor der 3. StNotV erfolgt, so hat zwar das Grundbuch hinsichtlich der gelöschten Hypothek als unrichtig zu gelten, weil durch die Auszahlung in entwertetem Gelde die Hypothek nur zum Teil erlosch (RG 109, 111; JFG 2, 19; unterstellt in RG 116, 105) und

§ 15 AufwG sie im übrigen rückwirkend als bestehend behandelt (JFG 3, 378). Zur Annahme der Bösgläubigkeit des Erwerbers ist aber erforderlich, daß er beim Erwerb Kenntnis von dem Bestehen der gelöschten Hypothek außerhalb des Grundbuchs gehabt hat. Diese Kenntnis wird nur dann angenommen werden können, wenn der Erwerber nicht nur gewußt hat, daß die Auszahlung mit entwertetem Gelde erfolgt und die Hypothek auf dieser unzureichenden Löschungsunterlage gelöscht war, sondern wenn er daraus auch die Erkenntnis geschöpft hat, daß die Hypothek trotz der Löschung in Höhe des ungetilgten Aufwertungsbetrags bestehen geblieben war (str.; **RG** 116 S. 107, 166; 127, 346; JW 1926, 65[3]; 1927, 460[1]; 1927, 968[3]; OLG 45, 22; 46 S. 25, 40, 45). Ist die Hypothek trotz Vorbehalts gelöscht worden, so ist das Grundbuch unrichtig geworden. Denn kraft des Vorbehalts ist die Hypothek in Höhe des Aufwertungsbetrags außerhalb des Grundbuchs nach der 3. StNotV bestehen geblieben. Im Falle der Wiedereintragung nach §§ 14, 20, 6 AufwG wird für die Bösgläubigkeit eines zwischenzeitlichen Erwerbers aber zu erfordern sein, daß er beim Erwerb nicht nur gewußt hat, daß die Hypothek mit entwertetem Gelde ausgezahlt worden ist, sondern auch, daß sich der Gläubiger seine Rechte vorbehalten hat. Steht die Kenntnis dieser Tatsachen fest, so wird eine Berufung darauf, daß der Erwerber trotzdem aus Rechtsirrtum die Hypothek als nicht bestehend erachtet habe, regelmäßig und jedenfalls bei einem Erwerb nach der allgemein bekannten 3. StNotV nicht zu berücksichtigen sein (str.; JW 1926 S. 712, 2215; OLG 44, 324). Der Erwerber wird aber dadurch, daß er auf die Anmeldung der Aufwertung nach § 16 Abs 1 Satz 1 AufwG nicht binnen der Einspruchsfrist (§ 16 Abs 1 Satz 3) Einspruch eingelegt hat, nicht behindert, sich auf seinen gutgläubigen Erwerb zu berufen (**RG** 116 S. 343, 359; JW 1927, 1033). Nach § 20 AufwG konnte sich der Grundstückserwerber auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch dann berufen, wenn er die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, aber vor der Eintragung seines Eigentums abgelöst hatte oder für seine Rechnung hatte ablösen lassen (**RG** 116, 161; Warn 1927 Nr 136). Durch § 14 Aufw Nov. v. 9. 7. 1927 ist aber in solchen Fällen dem Erwerber der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs versagt worden. Hat der Gläubiger, der seine Hypothek abgetreten hat, die Gegenleistung (Zessionsvaluta) nach dem 14. 6. 22 oder unter Vorbehalt der Rechte angenommen, so daß auch ihm neben dem Zessionar ein Aufwertungsanspruch nach § 17 AufwG zusteht, so geht er, obwohl er nach der Umschreibung der Hypothek auf den Zessionar nicht mehr eingetragen ist, seines Anspruchs doch nicht gemäß §§ 20, 21 Nr 1 AufwG verlustig, wenn ein Dritter das Grundstück in der Zwischenzeit in dem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchinhalts erworben hat (str.; **RG** 116, 177; Warn 1927 Nr 164; a. M. OLG 46 S. 24, 53, 55; JW 1927, 1031). Denn der Schutz des § 892 erstreckt sich hier zugunsten des Grundstückserwerbers nicht auf die Person des Rechtsinhabers.

11. Über den Begriff und die verschiedenen Arten der Verfügungsbeschränkungen: § 878 A 3. Die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 betrifft nur **Beschränkungen des Berechtigten in der Verfügung** über ein eingetragenes Recht **zugunsten einer bestimmten Person** (**RG** HRR 1932 Nr 618; OLG 18, 110). Daher scheiden die im allgemeinen öffentlichen Interesse bestehenden Verfügungsbeschränkungen (Beispiele in § 878 A 3 und RJA 5, 260; 14, 245; KGJ 25 A 147; OLG 6, 490; 22, 137) hier aus. Sie wirken unbedingt (absolut) gegen jedermann, gleichviel, ob sie dem Betroffenen bekannt sind oder nicht; sie sind auch weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig (**RG** 125, 55; RJA 14, 246; KGJ 50, 170; über die Nichteintragungsfähigkeit und Beispiele solcher Verfügungsbeschränkungen auch Vorbem 2 vor § 873). Die gegen sie verstoßenden Rechtsgeschäfte sind nichtig, sofern sich nicht aus dem Gesetze etwas anderes ergibt (§ 134; vgl. §§ 458, 472; **RG** 105, 73; JW 03 Beil 75).

Auf Rechtsgeschäft beruhende Verfügungsbeschränkungen kommen für die Anwendung des Abs 1 Satz 2 regelmäßig nicht in Betracht. Denn nach § 137 Satz 1 kann durch Rechtsgeschäft die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Übernahme der Verpflichtung, nicht zu verfügen, ist allerdings im allgemeinen (§ 137 Satz 2) wirksam; eine Ausnahme enthält § 1136 (Nichtigkeit eines zugunsten eines Hypothekengläubigers vereinbarten Veräußerungs- und Belastungsverbots). Aber auch die wirksame Verpflichtung hindert einen Erwerb auf Grund der (vertragswidrigen) Verfügung des Verpflichteten selbst dann nicht, wenn der Erwerber sie gekannt hat. Sie kann auch, weil sie dem Gebiet der Schuldverhältnisse, nicht dem Sachenrecht angehört, nicht eingetragen und so mit dinglichen Wirkungen gegenüber Dritten versehen werden (Vorbem 2 Abs 2 vor § 873; KGJ 20 A 292; 21 A 133; OLG 6, 122; 10, 69; 12, 20; 17, 30; 21, 407). In gewissen Ausnahmefällen sind aber rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen durch besondere gesetzliche Vorschriften mit Wirksamkeit versehen (§ 878 A 3). Diese Beschränkungen sind eintragungsfähig. Auf sie findet die Vorschrift des § 892 Abs 1 Satz 2 Anwendung. Sie sind also gegenüber dem Erwerber eines eingetragenen Rechts nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder ihm bekannt sind. Besonders gehören hierher die durch letztwillige Verfügung erfolgte Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2211; GBO § 53; § 891 A 3) oder eines Nacherben (§§ 2113 ff.; GBO § 52; **RG** 61, 232; 83, 436; JW 01, 102; RJA 4, 69; 6, 69; KGJ 22 A 315; 23 A 250; 42, 238; 47, 168; OLG 10, 448). Ist das Nacherbenrecht, das veräußert

und verpfändet werden kann (RG 80, 377; 83, 437; Gruch 52, 680), für einen Gläubiger des Nacherben verpfändet oder gemäß § 857 Abs 2 ZPO gepfändet, so besteht nach § 1276 Abs 2 BGB und § 804 Abs 2 ZPO gegen den Vorerben auch zugunsten des Pfandgläubigers oder des Pfändungsgläubigers eine Verfügungsbeschränkung. Solange das Pfandrecht oder Pfändungspfandrecht besteht, kann der Nacherbe seine Befugnisse aus der Verfügungsbeschränkung des Vorerbenrechts (vgl. insbesondere § 2113) nicht mehr für sich ausüben (RG 80, 377; 83, 437). Daher kann, wenn das Nacherbenrecht im Grundbuch eingetragen ist, auch seine Abtretung, Verpfändung oder Pfändung auf Bewilligung des Nacherben oder im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB; § 22 GBO) in das Grundbuch eingetragen werden, obwohl das Nacherbenrecht kein dingliches Recht an dem zum Nachlaß gehörenden Grundstück oder Grundstücksrecht ist (RG 83, 436). Denn andernfalls würde das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang stehen, sondern den Anschein erwecken, als gelte die in dem Nacherbenrecht enthaltene Verfügungsbeschränkung noch ausschließlich zugunsten des Nacherben (RG 83, 434; KGJ 42, 228; 42, 241). Die Frage, ob dem für einen Nacherben eingesetzten Ersatzerben vor dem Wegfall des erstberufenen Nacherben ein eintragungsfähiges Recht zusteht, ist behandelt in KGJ 35 A 215; 42, 227. Die aus Bedingungen oder Zeitbestimmungen nach §§ 158, 161, 163 sich ergebenden Verfügungsbeschränkungen des dinglich Berechtigten zugunsten des durch den Eintritt der Bedingung oder den Ablauf der Frist gewinnenden Teils fallen gleichfalls unter § 892 Abs 1 Satz 2 (str.; KGJ 52, 128; nach a. M. handelt es sich hier um absolut wirkende Begrenzungen des Rechts: RG 76, 91; 106, 113; KGJ 49, 189). In diesen Fällen könnte man die Verfügungsbeschränkungen vielleicht sogar als gesetzliche bezeichnen, indem man davon ausgeht, daß sie nicht „durch" Rechtsgeschäft begründet werden, daß vielmehr durch besondere gesetzliche Vorschriften Rechtsgeschäfte nur als Voraussetzung für den Eintritt der Beschränkungen gesetzt sind. Da in der Beschränkung der Verfügung zugleich ein Verbot der Veräußerung liegt, so sind diese Verfügungsbeschränkungen, soweit sich nicht aus dem Gesetze Sonderbestimmungen für sie ergeben, den gesetzlichen Veräußerungsverboten des § 135 gleichzustellen (M 3, 216; Prot 1, 125; A 4 „kraft Gesetzes"). Dasselbe gilt auch von den auf dem familienrechtlichen Vertrage der Eheschließung und auf den vermögensrechtlichen Eheverträgen (§§ 1432ff., 1368, 1508, 1523, 1526, 1553, 1557) beruhenden Beschränkungen in der Verfügungsbefugnis des einen Ehegatten zugunsten des andern. Doch wirken bei dem gesetzlichen Güterstand, bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft die aus dem Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes am eingebrachten Gut sich ergebenden Beschränkungen der Ehefrau absolut, also auch gegen einen Dritten, der die Verfügungsbeschränkung der Frau hinsichtlich des eingebrachten Gutes nicht gekannt hat (§§ 1404, 1525 Abs 2, 1550 Abs 2; RG 83, 241). Daher fallen diese Beschränkungen nicht unter § 892 Abs 1 Satz 2. Sie sind überhaupt nicht eintragungsfähig (M 4, 319; RJA 3, 162). Letzteres gilt auch von den Änderungen der Verfügungsbefugnisse der Ehefrau, die sich daraus ergeben, daß durch Eheverträge bei dem gesetzlichen Güterstande das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes ausgeschlossen oder bei allen Arten des Güterstandes Vermögen der Frau zum Vorbehaltsgute erklärt wird. Denn dadurch wird an dem betroffenen Vermögen weder eine dingliche Rechtsänderung bewirkt noch eine Verfügungs-„Beschränkung" begründet (M 4 S. 319, 320; RJA 3, 161; 4, 261; KGJ 38 A 211). Unzulässig ist ferner eine Eintragung auf Grund eines Ehevertrags, durch den bei der allgemeinen Gütergemeinschaft Vermögen der Frau zu Sondergut bestimmt wird. Denn hierauf findet § 1404 Anwendung (§§ 1439 Satz 2, 1525 Abs 2). Sind solche Eintragungen trotzdem vorgenommen worden, so sind sie für die Wirkungen eines gutgläubigen Erwerbs bedeutungslos. Denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf unzulässige Eintragungen. Zur Wirksamkeit des Erwerbs ist also erforderlich, daß der eingetragene Güterstand wirklich besteht oder daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen das Recht bei gesetzlichem Güterstande erworben werden konnte (str.; A 6). Wenn dagegen durch Ehevertrag Vermögen der Eheleute zum Gesamtgut irgend einer Gütergemeinschaft bestimmt wird, so ist diese Bestimmung eintragungsfähig und im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 eintragungsbedürftig. Denn dadurch wird das Einzelvermögen kraft Gesetzes (§ 1438) zum Gesamthandsvermögen beider Eheleute. Es wird also eine dingliche Rechtsänderung herbeigeführt, zu deren Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Dritten die Berichtigung des Grundbuchs (§§ 1438 Abs 3, 894) erforderlich ist. Wenn daher z. B. der Ehemann als Alleineigentümer eines Grundstücks eingetragen steht, das kraft Ehevertrags zum Gesamtgut der Eheleute gehört, so ist derjenige, der von dem Manne (ohne Einwilligung der Frau) das Grundstück gutgläubig erwirbt, trotz § 1445 in seinem Erwerb so geschützt, wie wenn der Mann Alleineigentümer wäre (M 4, 319; RJA 5, 125). Dem steht auch nicht etwa die Eintragung der Gütergemeinschaft in das Güterrechtsregister auf Grund des § 1435 entgegen. Denn das Güterrechtsregister beurkundet nur Änderungen in den Güterrechtsverhältnissen, die sich außerhalb des Registers durch Gesetz oder Ehevertrag vollziehen. Es bietet aber keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit, schützt insbesondere Dritte nur unter der Voraussetzung, daß die Eintragungen auf rechtsgültigen Grundlagen beruhen, und hat nicht den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (M 4, 319; KGJ 38 A 211, jedoch RJA 3, 162; 4, 262). Für die Frage des guten Glaubens

kommt es also in dem Beispielsfalle darauf an, ob der Erwerber Kenntnis davon hatte, daß die Ehefrau kraft der ehelichen Gütergemeinschaft Miteigentümerin des Grundstücks war. Weiß der Erwerber dies, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er (z. B. weil der Mann das Grundstück in die Ehe eingebracht habe und die Eheleute in Scheidung lebten) angenommen habe, der Mann sei allein zur Verfügung über das Grundstück befugt. Denn auf die aus dem Mangel der Verfügungsmacht folgende Ungültigkeit des Erwerbsgeschäfts erstreckt sich die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht (A 6 Abs 2). Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, worauf nach Art 61 EG die §§ 892, 893 Anwendung finden (RJA 4, 110), können nach Landesrecht bestehen auf Grund der Vorbehalte in Artt 59, 62, 64 EG (Lehn- und Fideikommiß-, Anerbenguts-, Rentenguts-Eigenschaft).

Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 sind die nur dem Schutz bestimmter Personen dienenden **gesetzlichen, behördlichen oder richterlichen Veräußerungsverbote** der §§ 135, 136 und die **Konkurseröffnung.** Vgl. über die einzelnen Fälle der ersteren und über die Wirkung der letzteren § 878 A 3, zur Konkurseröffnung auch JW 1933, 619[7]. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 ergibt sich auch aus § 90 Abs 2 PrivVUntG v. 12. 5. 01 (OLG 8, 401). Auch das durch einstweilige Verfügung (§ 938 ZPO) erlassene Erwerbsverbot gehört hierher, z. B. das Verbot an den Grundstückerwerber, der vom Veräußerer bereits die Auflassung erhalten hat, sich durch einen Umschreibungsantrag das Eigentum am Grundstück zu verschaffen (RG 117, 292; § 888 A 3; § 925 A 5). Durch Eintragung in das Grundbuch kann dem Verbot Wirkung gegen Dritte verschafft werden. Denn dem § 892 Abs 1 Satz 2 ist der Grundsatz zu entnehmen, daß jeder Dritte Beschränkungen, denen eine Person in Bezug auf die Veräußerung oder den Erwerb eines Grundstücks oder Grundstücksrechts unterliegt, im Falle ihrer Verlautbarung im Grundbuch gegen sich gelten lassen muß. Der Eintragung steht nicht der Rechtsgrundsatz entgegen, daß der Kreis der dinglichen Rechte ein geschlossener ist (Vorbem 2 vor § 873). Denn hier handelt es sich nicht um ein dingliches Recht (RG 117, 294). Der Arrestbefehl kommt dagegen als Verfügungsbeschränkung nicht in Betracht. Denn er wird erst wirksam mit der Vollziehung. Sie erfolgt in ein eingetragenes Recht durch Pfändung, in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek (§§ 930, 932, 830 ff., 857 Abs 6, 866 f. ZPO). Damit hat der Arrestbefehl seine Erledigung gefunden. Sofern also mit dem Arrestbefehl nicht etwa zugleich ein Veräußerungsverbot auf Grund einstweiliger Verfügung (§ 938 Abs 2 ZPO; RG JW 03 Beil 75; KGJ 30 A 240) verbunden ist, schadet demjenigen, der von dem Arrestschuldner dessen Grundstück erwirbt, bevor der Arrestgläubiger zur Vollziehung des Arrestbefehls (§ 932 Abs 3 ZPO) die Eintragung einer Sicherungshypothek bei dem Grundbuchamte beantragt hat, die Kenntnis von der Anordnung des Arrestes nicht (a. M.: M 3, 218). Die Frage, ob eine Vormerkung als Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 anzusehen sei, ist schon im § 883 A 8 behandelt. Sie ist grundsätzlich zu verneinen. Insbesondere kommt § 892 nicht in Betracht, wenn die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung (§ 885) eingetragen ist (RG 118, 230; Warn 1928 Nr 128 a. E.). Daher kann sich auch ein Grundstückserwerber, der schon die Auflassung erhalten und den Umschreibungsantrag gestellt hat, nicht auf den Schutz des § 892 Abs 2 berufen, wenn noch vor der Umschreibung — sei es sogar unter Verletzung des § 17 GBO — auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Auflassungsvormerkung für einen andern eingetragen worden ist. In diesem Falle ist vielmehr die Umschreibung des Eigentums auf den Erwerber, die der Eintragung der Vormerkung erst gefolgt ist, gemäß § 883 Abs 2 dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam (RG 113, 403 ff.). Dagegen kann § 892 entsprechend zur Anwendung gelangen, wenn es sich um eine rechtsgeschäftlich bestellte Vormerkung handelt und somit § 893 Halbsatz 2 eingreift (§ 883 A 8; § 893 A 4).

Soweit hiernach Verfügungsbeschränkungen unter § 892 Abs 1 Satz 2 fallen, ist ihre **Wirkung gegenüber demjenigen, der durch Rechtsgeschäft ein eingetragenes Recht erwirbt,** davon abhängig, daß sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt sind. Aber auch beim Vorliegen dieser Voraussetzungen machen sie nicht wie die im öffentlichen Interesse bestehenden Verfügungsbeschränkungen die rechtsgeschäftliche Verfügung nichtig. Diese Verfügung ist vielmehr nur denjenigen gegenüber unwirksam, deren Schutz die Verfügungsbeschränkung bezweckt (§ 135 Abs 1 Satz 1; RG 106, 140; JW 03 Beil 75), sofern nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt (vgl. z. B. für die Bedingung § 161, für die Nacherbschaft § 2113, für den ehelichen Güterstand §§ 1396 ff., 1448). Inwieweit die Verfügung den Geschützten gegenüber unwirksam ist, bestimmt sich nach dem Inhalt der Beschränkung. In den durch den Inhalt gezogenen Grenzen hat der Verletzte gemäß § 894 einen dinglichen Anspruch auf Beseitigung der Rechtsverletzung und Herstellung der Übereinstimmung des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage. Beruht die Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung auf Schlechtgläubigkeit des Erwerbers, so kann auch ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 823 ff. gegen ihn gegeben sein. Da aber die Verfügungsbeschränkung die gegen sie verstoßenden Verfügungen, in der Regel wenigstens, nur zugunsten des Geschützten unwirksam macht und da die Verfügungen durch den Wegfall der Beschränkung vollinhaltlich gültig werden können, ist der Berechtigte, soweit diese Regel zutrifft, an der Verfügung über sein eingetragenes Recht auch dann nicht ge-

hindert, wenn die Beschränkung eingetragen ist. Das Grundbuch wird also durch die Eintragung nicht gesperrt; das Grundbuchamt darf die Eintragung für den Erwerber des Rechts nicht wegen der eingetragenen Beschränkung ablehnen (RJA 2, 140; 6, 67; 8, 50; OLG 4, 161; aber auch RJA 3, 154; OLG 5, 144 und für die Löschung des durch die Beschränkung betroffenen Rechts RJA 3, 46; 4, 69; 6, 66; 6, 69; KGJ 22 A 315; 23 A 250; OLG 10, 448). Dies gilt insbesondere auch von den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136. Z. B. hat das Grundbuchamt auch nach der Eintragung des Vermerks über die zugunsten des betreibenden Gläubigers als Beschlagnahme wirkende Einleitung der Zwangsversteigerung (§ 19 Abs 1, §§ 20ff. ZVG) die Auflassung des Schuldners und Eigentümers oder seine Bewilligung auf Eintragung eines begrenzten Rechts für einen anderen entgegenzunehmen und die entsprechende Eintragung für den Erwerber zu bewirken (OLG 4, 161). Anders verhält es sich aber mit der durch die Konkurseröffnung oder die Anordnung einer Nachlaßverwaltung verbundenen Verfügungsbeschränkung. Vgl. hierüber § 878 A 3 „Konkurseröffnung". Die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 haben an sich nach § 135 Abs 1 Satz 2 gegenüber den im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen dieselben Wirkungen wie gegenüber einer rechtsgeschäftlichen Verfügung. Beim Erwerb eines Rechts an einem Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Rechte greift aber § 892 Abs 1 Satz 2 nur Platz, wenn der Erwerb durch Rechtsgeschäft erfolgt. Denn wie sich aus Abs 1 Satz 1 ergibt, ist unter „Erwerber" nur ein rechtsgeschäftlicher Erwerber zu verstehen, während auf einen Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung § 892 Abs 1 Satz 2 keine Anwendung findet (**RG** 84, 281; 90, 338; A 4 vorletzter Absatz). Für einen solchen Erwerb ist also die Bestimmung des § 135 Abs 2 über die Anwendung der Vorschriften zum Schutz eines gutgläubigen Rechtserwerbs gegenüber Veräußerungsverboten ohne Bedeutung (**RG** 90, 339). Ein im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgender Erwerb, der gegen ein Veräußerungsverbot nach §§ 135, 136 verstößt, ist mithin gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten das Verbot besteht, auch dann unwirksam, wenn das Verbot weder im Grundbuch eingetragen noch dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs bekannt ist (**RG** 90, 341). Anderseits wird die Eintragung des erworbenen Rechts (z. B. einer Zwangshypothek auf das zur Zwangsversteigerung stehende Grundstück) an sich nicht dadurch gehindert, daß ein Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen steht (vgl. auch die Ordnungsvorschrift des § 772 ZPO; RJA 4, 59). Die Veräußerungsverbote sind im Falle des Konkurses über das Vermögen desjenigen, gegen den sie sich richten, nach § 13 KO den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, mit Ausnahme der Beschlagnahme in der Zwangsversteigerung. Wie die Enteignung des Grundstücks wirkt, wenn die Einleitung des Enteignungsverfahrens aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, wurde bereits in A 6 Abs 1 erörtert.

12. In welcher Weise die **Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch ersichtlich** zu machen sind, bestimmt sich nach den Anordnungen der Landesjustizverwaltung (§ 1 Abs 2 GBO). In Preußen sind sie, wenn sie das Verfügungsrecht des Eigentümers betreffen (z. B. Fideikommißeigenschaft, Nacherbfolge, Testamentsvollstreckung, Zwangsversteigerung, andere Veräußerungsverbote, Konkurs), in der zweiten Abteilung zu vermerken. Wenn sie sich aber auf ein begrenztes Recht (z. B. Reallast, Hypothek) beziehen, sind sie bei dem Recht in Spalte Veränderungen einzutragen (§§ 11 Nr 2, 12 AVf v. 20. 11. 99). Besteht die Verfügungsbeschränkung bei einem begrenzten Recht in einer Bedingung, so wird sie zugleich mit dem Recht oder, wenn die Eintragung erst nachträglich erfolgt, in Spalte Veränderungen einzutragen sein. Die durch die Verfügungsbeschränkung begünstigte Person muß in der Eintragung genannt werden, sonst ist die Eintragung inhaltlich unzulässig. Die Verfügungsbeschränkung wirkt dann gegenüber dem Erwerber nur, wenn er sie ihrem ganzen Inhalt nach außerhalb des Grundbuchs gekannt hat (KGJ 4, 254; OLG 44, 164). Da die Verfügungsbeschränkungen, insbesondere die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136, an sich auch außerhalb des Grundbuchs bestehen, so ist das Grundbuch unrichtig, wenn es sie nicht aufweist. Mithin erfolgt die Eintragung im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 (vgl. § 22 Abs 1 Satz 2 GBO; RJA 3, 154; 6, 239.) Zur Vornahme der Eintragung beim Grundbuchamt ist regelmäßig erforderlich die Einreichung der Unterlagen, aus denen sich die Verfügungsbeschränkung ergibt (z. B. des Testaments bei der Nacherbfolge oder der Testamentsvollstreckung, der einstweiligen Verfügung), und ein Eintragungsantrag des aus der Beschränkung Berechtigten (z. B. des Gläubigers bei der einstweiligen Verfügung). Nur ausnahmsweise erfolgt die Eintragung von Amts wegen (§§ 52, 53 GBO) oder, wie meistens bei behördlichen Veräußerungsverboten, auf Ersuchen einer dazu befugten Behörde (z. B. bei der Zwangsversteigerung, Konkurseröffnung, einstweiligen Verfügung: § 19 ZVG, § 113 KO, § 941 ZPO). Bei einer Briefhypothek ist die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung auf dem Hypothekenbrief gemäß §§ 42, 62 GBO zu vermerken (RJA 2, 204; OLG 12, 168). Durch die Eintragung wird die (an sich außerhalb des Grundbuchs bestehende) Verfügungsbeschränkung (z. B. eine einstweilige Verfügung) inhaltlich nicht geändert. Vielmehr wird durch die Eintragung nur die Wirkung dahin verstärkt, daß die Beschränkung nunmehr dem Erwerber des von ihr betroffenen eingetragenen Rechts auch dann entgegensteht, wenn er sie nicht gekannt hat (**RG** Gruch 47, 904).

13. Der maßgebende **Zeitpunkt, bis zu dem der Erwerber** von der Unrichtigkeit des Grundbuchs (Abs 1 Satz 1) oder von dem Bestehen der nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkung (Abs 1 Satz 2) **keine Kenntnis erlangt haben darf,** wenn er durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in seinem Erwerb geschützt sein soll, ist grundsätzlich die Zeit der Vollendung des Erwerbs (RG 89, 160; 116 S. 348, 354, 361; 123, 21; 128, 278; 140, 35). Das ergibt sich sowohl aus Abs 1 Satz 1 (zugunsten desjenigen, welcher ein Recht „erwirbt") als auch aus Abs 2 Halbsatz 2 (wonach, wenn die Einigung „erst später" zustande kommt, die „Zeit der Einigung" maßgebend ist). In den Ausnahmefällen, in denen es zum Erwerb außer der **Einigung** (§ 873 Abs 1) eines anderen rechtswirkenden Umstandes als der Eintragung bedarf, ist immer der Augenblick maßgebend, in dem beide Erfordernisse für den Erwerb zusammengetroffen sind, mag das eine oder das andere Erfordernis vorausgegangen sein. So entscheidet z. B. bei der Übertragung einer Briefhypothek nach § 1154 Abs 1, 2 der Zeitpunkt der Übergabe des Briefs, wenn zuerst die schriftliche Abtretungserklärung dem Erwerber gegenüber abgegeben oder die Eintragung für ihn erfolgt und demnächst erst der Hypothekenbrief dem Erwerber nach Maßgabe des § 1117 übergeben worden ist. Bei anderer zeitlicher Reihenfolge der Ereignisse kann der Zeitpunkt der Abtretungserklärung oder der Eintragung den Ausschlag geben. Würde nun für den Regelfall (Erforderlichkeit von Einigung und Eintragung zum Erwerb) nicht die Bestimmung des Abs 2 gegeben sein, so würde, wenn die Einigung der Eintragung vorangegangen wäre, der Zeitpunkt der Eintragung, und wenn die Einigung der Eintragung nachgefolgt wäre, der Zeitpunkt der Einigung maßgebend sein. Denn erst mit dem Zusammentreffen beider Erfordernisse vollzieht sich der Erwerb. Das Gesetz hat jedoch im Abs 2 Halbsatz 1 zugunsten des Erwerbers für den ersten (regelmäßigen) Fall, daß der Erwerb nach vorausgegangener Einigung sich durch die Eintragung vollendet, den über die Gutgläubigkeit entscheidenden Zeitpunkt vorangesetzt auf die Zeit der **Stellung des Eintragungsantrags.** Danach ist der Erwerber auch dann geschützt, wenn er in der Zwischenzeit von der Stellung des Antrags bis zur Eintragung nachträglich Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts erlangt (RG 74, 420; 89, 161; 116, 353; 123, 21; OLG 8, 108; 46, 42; der umgekehrte, praktisch seltene Fall, daß der Erwerber zwar zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags von der Unrichtigkeit des Grundbuchs Kenntnis hatte, in der Zwischenzeit bis zur Eintragung aber zu der Überzeugung gelangt ist, das Grundbuch sei richtig, ist gestreift in RG 116, 349; der Fall, daß das Grundbuch erst in der Zwischenzeit von der Stellung des Eintragungsantrags bis zu der Eintragung unrichtig wird, ist weiter unten behandelt). Diese von der zweiten Kommission eingeführte Vorschrift ist in den Vorarbeiten damit begründet worden, es müsse dem Erwerber bei der Unbestimmtheit des sonst maßgebenden Zeitpunkts der Eintragung die Möglichkeit gewahrt werden, mit Sicherheit die Valuta an den anderen Teil zu zahlen, sobald die Eintragung beim Grundbuchamt beantragt sei (Prot 3, 80ff.). Über den Eintragungsantrag, der nach § 13 Abs 2 GBO sowohl von dem Passivbeteiligten als auch von dem Erwerber gestellt werden kann und nach § 30 GBO keiner Form bedarf, vgl. § 878 A 5. Hervorzuheben ist hier noch, daß ein Eintragungsantrag nur vorliegt, wenn er bei dem Grundbuchamt gestellt ist. Auch in denjenigen Fällen, in denen eine Auflassung an anderer Stelle als vor dem Grundbuchamt erfolgt (§ 925 A 12; z. B. vor einem Notar) und dort der Antrag auf Eintragung des Eigentums des Erwerbers beurkundet wird, ist der Eintragungsantrag im Sinne des § 892 Abs 2 erst dann gestellt, wenn die ihn enthaltende Urkunde dem Grundbuchamt zugegangen (OLG 26, 8; vgl. auch RG 53, 88) und wenn bei der Überreichung an das Grundbuchamt das Eintragungsbegehren klar zum Ausdruck gebracht ist. Ein in der notariellen Auflassung enthaltener Antrag auf Umschreibung des Grundstückseigentums kann als nicht gestellt angesehen werden, wenn im Einreichungsschreiben des Notars an das Grundbuchamt nur beantragt wird, einem in der Auflassungsurkunde gleichfalls enthaltenen Antrag auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung stattzugeben (RG HRR 1930 Nr 217). Der Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Umschreibung des Grundstückseigentums beim Grundbuchamt eingeht, ist für die Anwendung des § 892 Abs 2 Halbsatz 1 auch dann entscheidend, wenn in diesem Augenblick der Nachweis der Zahlung einer etwa zu entrichtenden Steuer (Wertzuwachssteuer, Grunderwerbssteuer) noch nicht geführt ist (RG HRR 1929 Nr 1370). Ein Antrag, der zurückgenommen (§ 32 GBO) oder wegen bestehender Hindernisse zurückgewiesen wird, ist bedeutungslos; bei etwaiger Wiederholung des Antrags kommt es auf den Zeitpunkt dieses zweiten Antrags an (RG HRR 1929 Nr 384; RJA 4, 113; OLG 46, 42). Tritt zwischen der Stellung des Eintragungsantrags und der zum Erwerb führenden Eintragung eine Änderung des Grundbuchinhalts ein, wodurch das Grundbuch unrichtig wird, so könnte dem Erwerber nach Abs 2 die in der Zwischenzeit erlangte bloße Kenntnis dieser Änderung nicht schädlich sein. Indessen ist nach der aus Abs 1 zu entnehmenden Regel für den Erwerber der Grundbuchinhalt zur Zeit der Vollendung seines Erwerbs maßgebend, gleichviel ob ihm zu dieser Zeit die inzwischen eingetretene Veränderung des Grundbuchinhalts bekannt war. Nur dann steht ihm hinsichtlich der zwischenzeitlich erfolgten, das Grundbuch unrichtig machenden Eintragung der öffentliche Glauben des Grundbuchs nicht zur Seite, wenn ihm nachgewiesen wird, daß er zur Zeit der Vollendung seines Erwerbs die durch die zwischenzeitlich vorgenommene Eintragung

herbeigeführte Unrichtigkeit des Grundbuchs kannte (RG 116 S. 354, 361; 123 S. 21, 64). Ist nach der Stellung des Antrags auf Eintragung des Eigentums des Grundstückserwerbers eine Eintragung oder Löschung eines Rechts am Grundstück beantragt, so hat das Grundbuchamt nach §§ 17, 46 Abs 3 GBO zu verfahren, also zunächst den Eigentumswechsel einzutragen und dann erst den andern Antrag auf Eintragung oder Löschung zu erledigen. Wird so verfahren, dann ist die durch die Erledigung des zweiten Antrags etwa eintretende Unrichtigkeit des Grundbuchs für den Grundstückserwerber ohne Bedeutung, da für ihn der Grundbuchinhalt zur Zeit seiner Eigentumseintragung entscheidend ist. Werden dagegen beide Anträge gleichzeitig erledigt, alle Einschreibungen in derselben Verfügung angeordnet und unter demselben Datum bewirkt, so gelten alle rechtsändernden Eintragungen als mit der Vollziehung der letzten Eintragung einheitlich abgeschlossen. Für den Eigentumserwerber gilt dann also die durch die Erledigung des zweiten Antrags herbeigeführte Eintragung oder Löschung als zur Zeit der Vollendung seines Eigentumserwerbs schon vorhanden. Er ist, wenn durch diese Erledigung das Grundbuch unrichtig geworden ist, nach Abs 1 gegen die Unrichtigkeit geschützt, es sei denn, daß ihm die in diesem Zeitpunkt vorhandene Kenntnis der Unrichtigkeit nachgewiesen wird (RG 116, 362; 123 S. 22, 83). Im übrigen schützt aber auch Abs 2 nicht gegen eine Änderung des Grundbuchstands, die nach der Einreichung des Umschreibungsantrags unter Verletzung der §§ 17, 46 GBO erfolgt ist (RG HRR 1931 Nr 1313). — Ist zur Vollendung des Erwerbs außer der (vorausgegangenen Einigung und) Eintragung noch ein anderer Rechtsakt erforderlich, der später nachfolgt, so findet Abs 2 Halbsatz 1 keine Anwendung. Es ist dann der Zeitpunkt dieses Rechtsakts der für die Kenntnis maßgebende Zeitpunkt (RG 89, 160; RG 128, 278 über Entstehung der gesicherten Forderung erst nach Eintragung der Briefhypothek; dazu auch A 4 Abs 2). Dies gilt z. B. im Falle der Bestellung einer Briefhypothek, die von dem Gläubiger nicht schon mit der Eintragung, sondern gemäß § 1117 erst mit der Übergabe des Hypothekenbriefs erworben wird, für die Frage, ob der Gläubiger zu der Zeit, als sich sein Erwerb vollendete, Kenntnis davon gehabt hat, daß der die Hypothek bestellende Bucheigentümer nicht wahrer Grundstückseigentümer war oder daß gegen den Eigentümer ein (im Grundbuch nicht eingetragenes) Veräußerungsverbot (Verfügungsbeschränkung im Sinne des Abs 1 Satz 2) erlassen worden war (RG 89, 160, auch RG 128, 278). Ist aber zwischen dem die Hypothek Bestellenden und dem Gläubiger schon vor der Eintragung der Hypothek eine die Übergabe des Briefs ersetzende Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 getroffen, so findet § 892 Abs 2 Halbsatz 1 wiederum Anwendung. Denn nach § 1117 Abs 2 wird die Übergabe des Briefs ersetzt „durch die Vereinbarung“, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen; diese Vereinbarung kann schon vor der Herstellung des Hypothekenbriefs wirksam getroffen werden; mithin erwirbt der Gläubiger in solchem Falle die Hypothek bereits mit der Eintragung (RG 64, 313; 66, 210; 81, 425); für seine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts ist also hier nach § 892 Abs 2 die Zeit der Stellung des Eintragungsantrags maßgebend (RG 89, 161). Dies gilt aber nicht, wenn keine Vereinbarung über die Aushändigung des Briefs an den Gläubiger getroffen ist, sondern nur der Hypothekbesteller in der Eintragungsbewilligung das Grundbuchamt ermächtigt hat, den Hypothekenbrief dem Gläubiger unmittelbar auszuhändigen. Denn diese einseitige Bestimmung im Sinne des § 60 Abs 2 GBO enthält noch keine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 (RG 66, 100; 77, 107). Der Gläubiger erwirbt die Hypothek in diesem Falle also erst, sobald ihm der Hypothekenbrief vom Grundbuchamt ausgehändigt ist (RG 89, 160). — Handelt es sich darum, ob der Rechtsurheber, von dem der Erwerber seinen Erwerb herleitet, nicht der Berechtigte oder ob er zu der Verfügung (z. B. wegen eines gegen ihn erlassenen, im Grundbuch nicht eingetragenen Veräußerungsverbots) nicht befugt war und ob dies dem Erwerber bekannt gewesen ist, so hat die Anwendung des Abs 2 Halbsatz 1 zur Voraussetzung, daß der Rechtsurheber im Grundbuch eingetragen ist. Wenn der Rechtsurheber zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags als Berechtigter im Grundbuch nicht eingetragen steht, obwohl er nur im Falle seiner Eintragung Berechtigter sein könnte (wenn z. B. der die Eintragung einer Hypothek Bewilligende zwar die Auflassung des Grundstücks erhalten hat, aber noch nicht als Eigentümer eingetragen ist), so kann überhaupt nicht die Rede davon sein, daß der Erwerber zu dieser Zeit hinsichtlich der Berechtigung des Rechtsurhebers in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs ist. Denn das Grundbuch enthält dann nichts davon, daß der Rechtsurheber Berechtigter sei; sein Inhalt umfaßt die Berechtigung des Rechtsurhebers nicht, sondern spricht sogar gegen das Bestehen der Berechtigung (RG 89, 161; 116 S. 353, 361). Auch wenn in solchem Falle der Rechtsurheber zugleich mit der Eintragung des Rechts des Erwerbers als Berechtigter eingetragen wird und der Erwerber durch seine Eintragung das Recht erwirbt, ist für die Frage der Kenntnis des Erwerbers davon, daß der Rechtsurheber (trotz seiner Eintragung) nicht wahrer Berechtigter oder (wegen einer Verfügungsbeschränkung) nicht zur Verfügung befugt war, nicht der Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags, sondern der Zeitpunkt der Eintragung maßgebend (RG 89, 162). Wird eine Hypothek schon vor ihrer Eintragung (Entstehung) gemäß §§ 1154, 1117 Abs 2 abgetreten, so erwirbt der Abtretungsempfänger sie unter dem Schutz des § 892, wenn er im Zeitpunkt ihrer Eintragung auf den Namen des Abtretenden die Nicht-

entstehung des Rechts (z. B. wegen Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Hypothekbestellung) nicht gekannt hat (RG 140, 35). — Ist das Grundbuch unrichtig, weil ein Recht außerhalb des Grundbuchs besteht (z. B. weil es zu Unrecht gelöscht ist), oder ist eine bestehende Verfügungsbeschränkung (z. B. die Fideikommißeigenschaft) im Grundbuch nicht eingetragen, so kann das Grundbuchamt, wenn es aus dem Grundbuch oder den Grundakten Kenntnis davon erlangt, die Eintragung eines entgegenstehenden Erwerbs, der sich nicht ausnahmsweise außerhalb des Grundbuchs vollzieht (KGJ 28 A 92), ablehnen ohne Rücksicht darauf, daß der Erwerber möglicherweise seinerseits bei Stellung des Eintragungsantrags keine Kenntnis davon hatte. Denn den Erwerber schützt sein guter Glaube erst dann, wenn er das Recht erworben hat. Durch den Eintragungsantrag, der nur im Fall des vollendeten Erwerbs für den Zeitpunkt der Kenntnis maßgebend ist, erwirbt er das Recht aber noch nicht (RG 57, 281; RJA 4, 110; KGJ 28 A 93). — Will der Erwerber den Schutz des § 892 Abs 2 in Anspruch nehmen, so wird immer vorausgesetzt, daß die sonstigen Erfordernisse für einen rechtsgültigen Erwerb vorliegen. Hat jemand als Nichtberechtigter oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht zugunsten des Erwerbers verfügt, so wirkt die den Erwerb gemäß §§ 177, 185 gültig machende Genehmigung des Berechtigten oder Vertretenen nach § 184 zurück. Der Erwerber ist geschützt, wenn er zur Zeit der Vornahme des Erwerbsakts, insonderheit im Augenblick der Stellung des später durch Eintragung erledigten Eintragungsantrags, in gutem Glauben war (RG 69, 270 mit der Einschränkung durch RG 134, 283 im Falle der Eintragung eines Widerspruchs; A 9 a. E.). — Die rechtliche Bedeutung der Kenntnis des Zwangsversteigerungsantrags ist im § 23 ZVG geregelt. — Im § 20 Abs 2 AufwG ist für den Fall der Wiedereintragung einer gelöschten, aber nach § 14 (kraft Vorbehalts) oder § 15 (kraft Rückwirkung) aufwertungsfähigen Hypothek mit Rücksicht auf die durch einen zwischenzeitlichen gutgläubigen Erwerb herbeigeführte Hinderung oder Rangverschlechterung (A 10) die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs vorgeschrieben, wenn in dem in § 892 Abs 2 BGB bestimmten Zeitpunkt eine dem § 29 GBO entsprechende Löschungsbewilligung oder löschungsfähige Quittung bereits erteilt war oder gleichzeitig erteilt wurde. Das bedeutet: der Erwerber soll geschützt sein, wenn zu der Zeit, als er den Antrag auf Eintragung des erworbenen Rechts stellte, oder, falls die zu seinem Rechtserwerb nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustande gekommen ist, zur Zeit der Einigung zwei Voraussetzungen erfüllt gewesen sind. Erstens muß er sich damals in dem (zu vermutenden) guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs befunden haben, und zweitens muß damals eine öffentlich beglaubigte Löschungsbewilligung oder Quittung, auf Grund deren demnächst die Aufwertungshypothek noch vor dem Inkrafttreten des AufwG (15. 7. 1925) gelöscht worden ist (RG 117, 107; 126, 195; JW 1926 S. 181[5], 2708[7]; 1927, 460[1]; Warn 1928 Nr 116; OLG 46 S. 50, 51), bereits erteilt gewesen oder gleichzeitig erteilt worden sein (RG 116 S. 102, 161, 345, 356; JW 1927, 1027). Eine in grundbuchmäßiger Form erteilte Abtretungserklärung, die der Gläubiger dem zahlenden Eigentümer ausgehändigt hat, steht der Löschungsbewilligung oder löschungsfähigen Quittung im § 20 Abs 2 AufwG nicht gleich (RG 126, 195). Über den Begriff und den Zeitpunkt des „Erteiltseins": RG 116, 345; OLG 46 S. 48, 51. Über die Erfordernisse für die Annahme der Bösgläubigkeit des Erwerbers A 10 a. E. Dadurch, daß der Erwerber die demnächst gelöschte Hypothek im Kaufvertrag übernommen und sich zur Herbeiführung ihrer Löschung verpflichtet hat, wird die Bösgläubigkeit an sich noch nicht dargetan (RG 116, 161; OLG 46, 52; vgl. jedoch JW 1925 S. 2629, 2640). In solchen Fällen greift jetzt aber § 14 AufwNov v. 9. 7. 1927 ein (A 10 a. E.). Die Rückwirkung dieser Vorschrift ist behandelt in RG 119, 178; 120, 352; 123, 87; JW 1930, 2404[14].

§ 893

Die Vorschriften des § 892 finden entsprechende Anwendung [1]), wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist [2]), auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt [3]) oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes [2]) ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält [4]).

E I 838 II 811; M 3 223; P 3 86 f.

1. **In entsprechender Anwendung des § 892 gilt** derjenige, an den auf sein eingetragenes Recht eine Leistung bewirkt wird oder der eines der im Halbs 2 bezeichneten Rechtsgeschäfte hinsichtlich seines eingetragenen Rechts vornimmt, **zugunsten des anderen Teiles als der wirklich Berechtigte,** auch wenn er dies tatsächlich nicht ist (RG JW 1927, 1626; OLG 18, 110). Ebenso gilt er **als zur Verfügung über das Recht befugt,** auch wenn er in Wirklichkeit wegen einer nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkung zu der

Annahme der Leistung oder zu dem verfügenden Rechtsgeschäft nicht befugt ist. Beides gilt nur dann nicht, wenn gegen den Leistungsempfänger ein Widerspruch für das Recht des wahren Berechtigten eingetragen oder dem anderen Teile das Bestehen dieses Rechts oder der Verfügungsbeschränkung bekannt ist. Liegen solche die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ausschließenden Tatsachen nicht vor, so wird der Leistende auch gegenüber dem wahren Berechtigten oder trotz der Verfügungsbeschränkung des Berechtigten befreit (OLG 18, 110). Das verfügende Rechtsgeschäft ist zugunsten des andern Teiles so wirksam, wie wenn der wahre Berechtigte es vorgenommen hätte oder der Berechtigte nicht in der Verfügung beschränkt wäre (**RG** 116, 181). Wahrer Berechtigter ist nur derjenige, der tatsächlich Inhaber des Rechts ist und statt des Leistungsempfängers oder Verfügenden eingetragen sein sollte, nicht derjenige, der nur einen persönlichen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Einräumung des Rechts hat. Ein solcher Anspruch nimmt dem Empfänger oder Verfügenden die Berechtigung nicht; die Kenntnis vom Bestehen des Anspruchs schadet also dem anderen Teile nicht (§ 892 A 10). Der wahre Berechtigte muß sich an den Empfänger oder Verfügenden halten. Er kann insbesondere gemäß § 816 Abs 1 Satz 1, Abs 2 von diesem die Herausgabe der empfangenen Leistung oder das durch die Verfügung Erhaltene verlangen. Nur wenn die Verfügung unentgeltlich erfolgt ist, hat er gemäß § 816 Abs 1 Satz 2 auch gegen den andern Teil einen Anspruch auf Herausgabe des auf Grund der Verfügung erlangten Vorteils. Dagegen steht ihm gegen den anderen Teil, auch wenn dieser fahrlässig gehandelt hat, ein Schadensersatzanspruch nach § 823 nicht zu. Denn der andere Teil, der ein Rechtsgeschäft nach § 893 mit oder gegenüber dem Buchberechtigten vorgenommen hat, ist auch gegen persönliche Ansprüche des nicht eingetragenen wahren Berechtigten (abgesehen von dem Bereicherungsanspruch) geschützt, sofern ihm nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen war (**RG** 85, 61; 90, 397; § 892 A 5). Der Zeitpunkt, bis zu dem die Kenntnis des anderen Teils nicht vorliegen darf, wenn die Wirkungen des öffentlichen Glaubens zu seinen Gunsten eintreten sollen, ist grundsätzlich der Augenblick, in dem die Leistung vollendet oder das Rechtsgeschäft wirksam wurde. Wenn zur Wirksamkeit die Eintragung erforderlich ist, entscheidet nach § 892 Abs 2 die Zeit der Stellung des Eintragungsantrags oder, falls das Rechtsgeschäft erst nach der Eintragung zustande kommt, die Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Die für die Hypothek geltenden Sondervorschriften sind behandelt in § 892 A 6 „Hypothek". Hervorzuheben ist hier, daß der gemäß § 1155 ausgewiesene Besitzer des Briefs als eingetragener Gläubiger gilt. Aus § 893 ergibt sich, daß ein Hypothekenschuldner, der außer vom eingetragenen Gläubiger auch von einem andern in Anspruch genommen wird und den Mangel im Recht des eingetragenen Gläubigers nicht kennt, an diesen mit befreiender Wirkung zahlen kann. Das schließt aber nicht aus, daß er auch nach § 372 zur Hinterlegung des geschuldeten Geldbetrags berechtigt ist, wenn er infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Denn § 372 gestattet unter der genannten Voraussetzung dem Schuldner die Hinterlegung ausnahmslos. Dem leistenden Hypothekenschuldner ist aber angesichts der von ihm entschuldbar als bestehend angenommenen Gefahr, daß er von dem andern Gläubigerrechte Beanspruchenden nochmals auf Zahlung belangt werden würde, das im § 372 vorausgesetzte Interesse an der Hinterlegung zuzugestehen (**RG** 97, 173). — Im Falle der Aufwertung einer abgetretenen Hypothek gemäß §§ 17f. AufwG zugunsten des abtretenden früheren Gläubigers besteht sondergesetzlich eine Ausnahme von § 893 insofern, als der Grundstückseigentümer dem Aufwertungsanspruch des früheren Gläubigers schuldtilgende Maßnahmen gegenüber dem neuen Gläubiger nicht entgegensetzen kann (**RG** 119, 48ff.).

2. Auf ein **eingetragenes Recht**, also auf Eigentum oder ein begrenztes Recht am Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht (§ 873 A 6) muß geleistet sein oder das verfügende Rechtsgeschäft sich bezogen haben, wenn § 893 Anwendung finden soll. Über vorgemerkte Rechte vgl. A 4 und § 883 A 8. Rechte aus Schuldverhältnissen, auch wenn sie zu eingetragenen Rechten in Beziehung stehen, fallen nicht unter § 893. Daher wird z. B. der Mieter, der die Mietzinsen nicht an den aus dem Mietvertrage wirklich Berechtigten, sondern an den zahlt, der zwar als Eigentümer eingetragen, aber tatsächlich nicht Eigentümer ist, nicht befreit, auch wenn er den Eingetragenen für den Berechtigten gehalten, insbesondere etwa angenommen hat, dieser sei gemäß § 571 an die Stelle des Vermieters getreten (str.). Auf (aus Versehen) eingetragene Rechte, die nicht eintragungsfähig sind (Vorbem 2 vor § 873), ist die Anwendung des § 893 ausgeschlossen, da nur der zulässige Grundbuchinhalt unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens steht (§ 892 A 6).

3. Leistungen werden bewirkt auf Grund eingetragener Rechte z. B.: durch Zahlung des Hypothekenkapitals seitens des Eigentümers an den eingetragenen, aber in Wirklichkeit nicht oder nicht allein berechtigten Gläubiger einer Buchhypothek (RJA 11, 62; OLG 18, 110); durch Zahlung von Zinsen seitens des Eigentümers auf hypothekarische Rechte, gleichviel ob diese verbriefte oder unverbriefte sind (§§ 1158, 1159, 1160 Abs 3; **RG** 56, 415); durch Entrichtung der Einzelleistungen aus einer Reallast. Aber auch durch Erfüllung eines Vorkaufsrechts sowie durch

Unterhaltung der für eine Grunddienstbarkeit bestimmten Anlage im Falle des § 1021. Auch die Zahlung der Ablösungssumme für eine Reallast und Kapitalzahlungen auf Buchhypotheken und Buchgrundschulden fallen unter § 893. Dagegen nicht Kapitalzahlungen auf Briefhypotheken und Briefgrundschulden. Denn der eingetragene Gläubiger ist als solcher nich schon durch die Eintragung zur Einziehung des Kapitals legitimiert, sondern gemäß §§ 1144, 1145 Abs 1, 1160 Abs 1 Halbs 1, 1192 erst dann, wenn er den Brief vorlegt (Prot 3, 86; RG 56, 415). Daß die Leistung von bestimmten Personen bewirkt sein müsse, ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Daher muß § 893 auch dann Anwendung finden, wenn nicht der Eigentümer oder sonst ein Verpflichteter, sondern ein Dritter, sei es für jenen oder um das Recht zu erwerben (§§ 1143, 1150, 268), die Leistung bewirkt.

4. Ein **nicht unter § 892 fallendes, eine Verfügung enthaltendes Rechtsgeschäft** ist einerseits ein solches Rechtsgeschäft, das nicht auf den Erwerb eines Rechts am Grundstück oder an einem Grundstücksrecht (§ 892 A 2) gerichtet ist (RG 56, 415), andererseits aber nur ein solches zweiseitiges oder einseitiges Rechtsgeschäft, das nicht lediglich die Begründung einer persönlichen (schuldrechtlichen) Verpflichtung zur Einräumung eines Rechtes (RG 90, 399; Warn 1912 Nr 391), sondern die unmittelbare Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung (Übertragung, Belastung, Änderung des Inhalts, Aufhebung eines Rechts) zum Gegenstande hat (RG 90, 399; 92, 35; 106, 111; § 873 A 8). Zweiseitige Rechtsgeschäfte dieser Art sind z. B.: die Einigung über Änderung des Inhalts eines Rechtes (§ 877); die Verlegung einer Grunddienstbarkeit gemäß § 1023; die Änderungen hypothekarischer Rechte nach Maßgabe der §§ 1119 Abs 2, 1180, 1186, 1198, 1203. Wegen der Rangänderung § 880 A 2. Zu den einseitigen Verfügungsgeschäften gehört besonders die Aufhebung eines Rechts (RG 90, 399). Hierzu ist, wenn es sich um Aufhebung eines ein Recht am Grundstück belastenden Rechts handelt, die Aufgabeerklärung des Inhabers des belastenden Rechts gegenüber (§ 130 Abs 1) dem Inhaber des belasteten Rechts erforderlich und genügend; einer Eintragung bedarf es nicht (§ 875 A 2). Das belastende Recht gilt also zugunsten des Inhabers des belasteten Rechts als wirksam aufgehoben, wenn dieser zur Zeit der Erklärung ihm gegenüber von der Nichtberechtigung des Erklärenden keine Kenntnis hat. Zur Aufhebung eines das Grundstück belastenden Rechts ist nach § 875 Abs 1 Aufgabeerklärung und Löschung erforderlich. Ist die Löschung erfolgt, so gilt das Recht trotz Nichtberechtigung des Erklärenden zugunsten des Eigentümers als wirksam aufgehoben, wenn der Eigentümer zur Zeit der Stellung des Löschungsantrags (A 1) keine Kenntnis von der Nichtberechtigung hat. Voraussetzung für diese Wirkung ist aber auch hier, daß die Erklärung gegenüber dem Eigentümer abgegeben wird. Zwar genügt zur Aufhebung nach § 875 Abs 2, wenn der Erklärende wirklicher Berechtigter ist, die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt (str.). Der § 893 Halbs 2 erfordert aber ein „zwischen dem Eingetragenen und einem anderen vorgenommenes" Rechtsgeschäft. Daß dieser Unterschied bestehen sollte, ist auch bei den Gesetzesvorarbeiten ausdrücklich hervorgehoben worden. Nur unter der genannten Voraussetzung sollte der Eigentümer geschützt sein, weil er nur dann in seinem nach Lage des Grundbuchs begründeten Vertrauen auf die Wirksamkeit der Aufgabeerklärung getäuscht sei (Prot 3, 87). Ferner gehört zu den einseitigen Verfügungsgeschäften die Kündigung durch den oder an den eingetragenen, tatsächlich nicht berechtigten Inhaber einer Grundstücksbelastung sowie die Kündigung durch den oder an den eingetragenen, tatsächlich nicht berechtigten Eigentümer (RG 90, 399). Sie gilt also zugunsten des anderen gutgläubigen Beteiligten als rechtsbeständig auch dem wahren Berechtigten gegenüber. Jedoch ist die Kündigung einer Hypothek und Grundschuld besonders geregelt (§§ 1141, 1156; auch §§ 1148, 1155, 1158ff., 1192, 1193, 1202). Auch die Einwilligung und die Genehmigung des Berechtigten zu Verfügungen, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft (§ 185), ist als Verfügung im Sinne des § 893 anzusehen (RG 90, 399; 137, 357). Die Erteilung einer Vollmacht zur Verfügung kann dagegen im allgemeinen nicht als Verfügung gelten. Denn durch die Vollmacht erlangt zwar der Bevollmächtigte die rechtliche Befähigung, mit Wirksamkeit für den Vollmachtgeber über das Recht zu verfügen, solange die Vollmacht nicht widerrufen ist. Die Vollmachtserteilung ist aber nur ein Mittel zur Bewirkung der Verfügung, nicht Verfügung selbst, da sie für sich allein nicht unmittelbar eine Rechtsänderung herbeiführt. Wenn indessen eine Vollmacht zur Verfügung über eine Sache in der Weise erteilt wird, daß sie unwiderruflich ist, und zugleich dem Bevollmächtigten Besitz- und Nutzungsrechte an der Sache eingeräumt werden (z. B. bei der Vollmacht zur Parzellierung eines Grundstücks), so ist eine Verfügung als gegeben zu erachten, da dann das Eigentumsrecht des Vollmachtgebers hinsichtlich der freien Verfügungsmacht und des Besitz und Nutzung umfassenden Inhalts unmittelbar eine Änderung erfährt (RG 90, 400). Die eine Leistung ersetzenden Rechtsgeschäfte (Erfüllungssurrogate, wie Aufrechnung, Annahme an Erfüllungs Statt) sind ebenfalls hierher zu zählen. Kein Verfügungsgeschäft ist dagegen z. B. die dem Gebiet der Schuldverhältnisse angehörende Vermietung und Verpachtung, auch wenn sie durch Besitz- und Gebrauchsüberlassung vollzogen ist. Der wahre Eigentümer ist also an einen von einem Bucheigentümer oder einem zu Unrecht eingetragenen Nießbraucher geschlossenen Mietvertrag (Pachtvertrag) nicht gebunden (str.; RG 106, 112; KGJ 51, 298). Ebensowenig ist als Verfügungs-

geschäft anzusehen die überhaupt nicht als sachenrechtliches Rechtsgeschäft sich darstellende Prozeßführung. Mithin wirkt ein gegen den eingetragenen Nichtberechtigten (z. B. auf Aufhebung des Rechts) erstrittenes Urteil nicht gegen den seine Eintragung erlangenden Berechtigten, der nicht Rechtsnachfolger (§ 325 ZPO) des Nichtberechtigten ist (str.; M 3, 223). In den früheren Auflagen war die Ansicht vertreten, daß die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung in Ansehung eines eingetragenen Rechts keine rechtsgeschäftliche Verfügung über das Recht enthalte (vgl. § 883 A 8). Diese Ansicht wird aufgegeben. Mit der herrschenden Meinung und mit der festen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG 116, 241; 118, 234; 120, 14; 121, 46; Warn 1928 Nr 106) ist diese Bewilligung, wenn ihr die Eintragung der Vormerkung folgt, mit Rücksicht auf die dadurch bewirkte dingliche Gebundenheit des betroffenen Rechts als Verfügung über das Recht im Sinne des § 893 anzusehen. Daher führt die im § 893 bestimmte entsprechende Anwendung des § 892 zunächst dazu, daß der eingetragene Verfügende als Berechtigter gilt, auch wenn er in Wirklichkeit nicht Berechtigter ist (A 1). Mithin wird der Vormerkungsberechtigte in seinem guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs in Ansehung der Eintragung des die Vormerkung bewilligenden Nichtberechtigten geschützt (RG 118, 234; JW 1926, 2870[1]; Warn 1928 Nr 106). Durch die Eintragung der bewilligten Vormerkung wird aber auch die dingliche Wirkung des vorgemerkten Anspruchs (§ 883 Abs 1, 2; § 888) vorweggenommen, sofern er zur Entstehung und Erfüllung gelangt. Ist die Vormerkung auf Grund der Bewilligung des Buchberechtigten nach den Regeln des § 892 rechtsgültig entstanden, so ist damit der Grund für die Erfüllung des Anspruchs gelegt. Der Erwerb des Rechts selbst vollzieht sich später unabhängig von der weiteren Entwicklung des Grundbuchinhalts und von dem guten Glauben des Berechtigten. Ist also z. B. von dem fälschlich als Eigentümer eingetragenen A das in Wirklichkeit dem B gehörige Grundstück an C verkauft und auf Bewilligung des A für C eine Auflassungsvormerkung zu einer Zeit eingetragen worden, in der C die Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich der Eigentumseintragung des A nicht kannte, so erwirbt C, wenn demnächst die Auflassung an ihn und seine Eintragung erfolgt, das Eigentum ohne Rücksicht auf seinen nunmehr noch vorhandenen guten oder etwa bereits eingetretenen schlechten Glauben über das Nichteigentum des A (RG 121, 46; OLG 46, 60; JFG 4, 336). Auch wenn nach der Eintragung der Auflassungsvormerkung für C das Eigentum auf B, sei es auf Grund einer Auflassung, sei es durch Berichtigung des Grundbuchs (z. B. im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO), umgeschrieben würde, wäre diese Umschreibung gegenüber dem durch die Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruch des C nach § 883 Abs 2, § 888 unwirksam. Der an sich auf Künftiges deutende Begriff der „Verfügung" im § 883 Abs. 2 ist dann entsprechend auf die nachträgliche Grundbuchberichtigung anzuwenden (RG 121, 47). Daraus ist aber nicht zu folgern, daß auch der übrige Inhalt des Grundbuchs, der zu der Vormerkungs-Verfügung in keiner Beziehung steht, zugunsten des Vormerkungsgläubigers als richtig zu gelten hätte. Die weitere Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs würde nur nach § 892 selbst eintreten, wenn die Vormerkung ein „Recht" wäre, was verneint wird (§ 883 A 8 Abs 5). Dies ist z. B. von Bedeutung, wenn eine gelöschte Hypothek nach § 14 (kraft Vorbehalts) oder § 15 (kraft Rückwirkung) AufwG in Höhe des Aufwertungsbetrags gemäß § 20 wiedereinzutragen ist, inzwischen aber auf Bewilligung des Eigentümers eine Vormerkung (z. B. zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer wertbeständigen Hypothek) in das Grundbuch gelangt ist. Hier erhebt sich die Frage, ob die Vormerkung der wiedereinzutragenden Hypothek im Range vorgeht, wenn der Vormerkungsgläubiger hinsichtlich des Nichtbestehens der gelöschten Hypothek in gutem Glauben war. Diese Frage ist zu verneinen (RG 116, 238; 120 S. 13, 353; a. M. JW 1925, 1415[1], wo § 893 für anwendbar erachtet wird).

§ 894

Steht der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs 1 bezeichneten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange [1]), so kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist [2]), die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs [3]) von demjenigen [4]) verlangen [5]), dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird [4]).

E I 843 II 813; M 3 234 ff.; P 3 102 f.; 4 589; 6 386.

1. **Mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht der Inhalt des Grundbuchs** (§ 892 A 6) in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte (§ 873 A 3—6) oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs 1 bezeichneten Art (§ 892 A 11) im allgemeinen dann, wenn ein dingliches Recht an dem Grundstück (Eigentum oder begrenztes dingliches Recht, also Erbbaurecht, Dienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Reallast, hypothekarisches

Recht) oder ein dingliches Recht an einem das Grundstück belastenden Rechte (Nießbrauch oder Pfandrecht an einer Reallast oder an einem hypothekarischen Recht) nicht eingetragen ist, aber außerhalb des Grundbuchs besteht; oder wenn ein solches Recht zwar eingetragen ist, aber nicht mit dem seinem Wesen und seiner Bedeutung entsprechenden Inhalt; oder wenn nach den Grundbucheintragungen das Eigentum mit einem begrenzten dinglichen Rechte oder eine Reallast oder ein hypothekarisches Recht mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht belastet ist, die belastenden Rechte aber tatsächlich nicht entstanden sind oder doch nicht mehr bestehen; schließlich wenn eine bestehende Verfügungsbeschränkung bei dem Recht, das sie beschränkt, nicht eingetragen oder eine eingetragene Beschränkung tatsächlich nicht entstanden oder aufgehoben ist.

Als Beispiele sind zu nennen:

a) für das **Bestehen eines nicht eingetragenen Rechtes:** die Fälle, in denen ein eingetragenes Recht nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes ohne Eintragung von einem anderen erworben wird (§ 892 A 4 „kraft Gesetzes"). Vor allem kommt hier in Betracht der Erwerb durch Erbfolge (§§ 1922, 1937, 1941, 1942, 2139). Einzelfälle sind behandelt in KGJ 25 A 115; RJA 13, 263: als Eigentümer eines zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gehörenden Grundstücks sind nach dem Tode des einen Ehegatten der überlebende Ehegatte und die Erben eingetragen, jedoch ohne den Vermerk, daß der überlebende Ehegatte ebenfalls als Miterbe beteiligt ist; KGJ 51, 189: der Vorerbe ist noch als Eigentümer eingetragen, während durch Eintritt der Nacherbfolge der Nacherbe das Eigentum erlangt hat; OLG 5, 435; KGJ 49, 178: hat der Vorerbe durch Auflassung eines Nachlaßgrundstücks an einen Dritten das Recht des Nacherben gemäß § 2113 beeinträchtigt oder vereitelt, so kann der Nacherbe nach Eintritt des Nacherbfalles als Vollerbe Berichtigung des Grundbuchs durch seine Eigentumseintragung verlangen; RG 102, 335: ist auf Grund einer Löschungsbewilligung des Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben — diese Zustimmung würde die Verfügung des Vorerben gemäß 185 voll wirksam machen (RG 61, 232; 70, 33; 102, 337) — eine zum Nachlaß gehörende Hypothek gelöscht und dadurch das Recht des Nacherben beeinträchtigt oder vereitelt worden, so hat der Nacherbe nach Eintritt des Nacherbfalls gemäß § 2113 Abs 1 einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs mit dem Ziel der Wiedereintragung der Hypothek mit dem bisherigen Rang, soweit nicht ein inzwischen eingetretener Erwerb in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs ihm entgegensteht. Ferner gehört hierher der Erwerb durch Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1438 Abs 2, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2; RG 108, 286). Die Frage, ob im Falle des Grundstückserwerbs durch den Mann zur Berichtigung des Grundbuchs im Wege der Miteintragung der gütergemeinschaftlichen Frau nach § 22 GBO die Zustimmung der Frau erforderlich ist, wird behandelt in RG 84, 326; KGJ 40, 153; 48, 210; RJA 13, 160; 13, 163 (vgl. auch RG 84, 71); die Frage, ob im Falle der Errungenschaftsgemeinschaft zur Miteintragung des Mannes auf ein von der Frau erworbenes Grundstück die Zustimmung des Mannes erforderlich ist, in RJA 14, 69. Ähnlich liegt die Sache bei der Beendigung der Ehe durch rechtskräftige Scheidung (§§ 1470ff.; OLG 9, 331). Fälle der Unrichtigkeit des Grundbuchs infolge gesetzlichen Erwerbs können weiterhin herbeigeführt werden: durch Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft unter Ausschluß der Liquidation nach § 304 HGB (KGJ 47, 121: entsprechend anzuwenden auf die Verschmelzung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit nach VUG v. 12. 5. 01 mit einer öffentlichrechtlichen Versicherungsanstalt unter Ausschluß der Liquidation); durch Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften unter Ausschluß der Liquidation gemäß § 306 HGB (KGJ 46, 190; nicht im Falle der Verschmelzung mit Liquidation nach § 303 HGB: KGJ 46, 194); durch Zuschlag des Grundstücks in der Zwangsversteigerung (§ 90 ZVG; RJA 13, 147 darüber, ob das Vollstreckungsgericht bei dem Ersuchen an das Grundbuchamt nach § 130 ZVG auch um Eintragung der Erben des Erstehers ersuchen kann). Unstimmigkeiten zwischen Grundbuch und wahrer Rechtslage ergeben sich ferner besonders leicht beim Erwerb der Hypothek, namentlich: wenn die Hypothek nach Befriedigung oder Verzicht des Gläubigers gemäß §§ 1143, 1150, 1163, 1164, 1168, 1170 Abs 2, 1171 Abs 2, 1173, 1174, 1177, 1182, 268 Abs 3, 426 Abs 2, 774 auf einen andern übergeht (RG 80, 319; 101, 233; KGJ 36 A 179; OLG 18, 198; 25, 376); wenn die nach Beerbung des Hypothekengläubigers durch den Hypothekenschuldner und Eigentümer auf diesen als Grundschuld übergegangene Hypothek (§ 1163 A 5) auf den Eigentümer umgeschrieben oder gelöscht ist, dann aber durch Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Hypothekenforderung gemäß § 1976 als nicht erloschen gilt, die Hypothek als solche wieder auflebt und demgemäß (für den Erben) umzuschreiben oder mit dem früheren Range wieder einzutragen ist, soweit nicht ein inzwischen eingetretener Erwerb in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht (RJA 16, 148); wenn die Übertragung, Pfändung und Überweisung von Briefhypotheken ohne Eintragung erfolgt (§ 1154 BGB; §§ 830, 837 ZPO; KGJ 49, 206). Zu erwähnen ist auch die Abtretung eines eingetragenen Nacherbenrechts (RG 83, 437; vgl. § 892 A 11 Abs 2 und bezüglich der Verpfändung und Pfändung unten d). Unrichtigkeitsfälle dieser Art liegen schließlich vor: wenn ein Recht wegen Nichtigkeit der vom Berechtigten erteilten Löschungsbewilligung oder wegen ihres Zugehens an den Empfangsberechtigten ohne Willen des Berechtigten (§ 875 A 7) oder wegen fehlender Verfügungsbefugnis des die Löschung

Bewilligenden oder aus sonst einem Grunde zu Unrecht gelöscht ist (RG 73, 175; 82, 22; 88, 286; Warn 1912 Nr 11; Gruch 52, 957; KGJ 34 A 267; 48, 188; JFG 2, 293; § 891 A 6); wenn eine gelöschte Hypothek nach § 14 oder § 15 AufwG kraft Vorbehalts oder kraft Rückwirkung aufzuwerten ist (JW 1925, 1796[7]; JFG 3, 342; Näheres A 5 a. E.); wenn beim Abschreiben einer veräußerten Parzelle ein auf dem Hauptgrundstück eingetragenes Recht zu Unrecht auf die Parzelle nicht mitübertragen ist, was einer Löschung des Rechts an der Parzelle gleichkommt (§ 47 Abs 2 GBO; KGJ 27 A 116; 46, 211; OLG 40, 57; § 875 A 6); wenn im Falle der Übertragung eines Rechts eine Einigung überhaupt nicht zustandegekommen oder die Einigung nichtig oder anfechtbar und angefochten ist (§ 925 A 6; über Auflassung: aus Irrtum RJA 9, 59, bei Betrug RG JW 96, 362[40], [41], zum Schein RG 79, 165; JW 02 Beil 202; über Übertragung eines Rechts ohne Vertretungsmacht RG 69, 266; Gruch 52, 957; OLG 18, 110); wenn eine dem A gehörende Grundfläche (Parzelle) auf das Grundbuchblatt des B irrtümlich eingetragen ist (RG 68, 24; KGJ 26 A 245; § 891 A 3; § 892 A 6 „tatsächliche Angaben").

b) für das **Nichtbestehen eines eingetragenen Rechtes**: wenn das Recht wegen Fehlens einer Einigung (§ 873) nichtig ist (RG 88, 89; 89, 371; KGJ 39 A 177); wenn es wegen Unwirksamkeit der ihm zugrunde liegenden Einigung, z. B. der Auflassung beim Fehlen der erforderlichen behördlichen Genehmigung, nicht rechtsbeständig ist (RG 129, 152); wenn ein eingetragenes Recht außerhalb des Grundbuchs (ohne Löschungseinschreibung) durch Rechtsgeschäft erloschen ist, wie z. B. ein Pfandrecht an einer Reallast oder an einem hypothekarischen Recht durch rechtsgeschäftliche Aufhebung (§ 875 A 2); wenn ein Recht durch Ausschlußurteil ohne Löschung (dagegen § 927 Abs 2) erlischt, wie z. B. ein Vorkaufsrecht (§ 1104 Abs 1 Satz 2), eine Reallast (§ 1112), ein Pfandrecht an einer Reallast oder an einem hypothekarischen Rechte (§§ 1273, 1269); wenn ein Recht durch Vereinigung mit dem belasteten Eigentum oder mit dem belasteten Rechte erlischt, wie die Hypothek, Grundschuld, Reallast nach §§ 1178 (Rückstände von Zinsen usw.), 1107, 1200, der Nießbrauch und das Pfandrecht nach §§ 1063, 1068, 1072, 1256, 1273; wenn eine Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach §§ 1028, 1090 Abs 2 durch Verjährung des Anspruchs (zum Teil) erlischt; wenn ein Recht infolge Eintritts eines Ereignisses kraft Gesetzes erlischt, wie der Nießbrauch durch den Tod des Nießbrauchers (§ 1061 BGB; § 23 GBO), eine Grunddienstbarkeit gemäß §§ 1025, 1026 durch Teilung, eine Gesamthypothek auf einem der haftenden Grundstücke in den Fällen der §§ 1173 Abs 1, 1174 Abs 1, 1181 Abs 2 (RG Warn 1912 Nr 259); wenn ein auflösend bedingtes oder zeitlich begrenztes Recht infolge Eintritts der Bedingung oder des Endtermins erlischt (§§ 158 Abs 2, 163; RG JW 02 Beil 222, 250), also z. B. auch, wenn der Eigentümer, dem das Eigentum am Grundstück nur als Vorerben bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zusteht, eine Hypothek ohne Zustimmung der Nacherben bestellt hat und beim Eintritt des Nacherbenfalles nach §§ 158 Abs 2, 161 Abs 2, 163, 2113 zugleich mit dem Eigentum des Hypothekbestellers auch die Hypothek erloschen ist (RG Warn 1914 Nr 126); wenn Miterben vor erfolgter Auseinandersetzung irrtümlich ohne Auflassung (§ 925 A 2) als Miteigentümer nach Bruchteilen eingetragen worden sind (KGJ 51, 220); wenn ein Recht durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gemäß § 91 ZVG, eine Hypothek durch Befriedigung aus dem Grundstück gemäß § 1181 erlischt.

c) für die **nicht richtige oder unvollständige Eintragung** eines Rechts (OLG 45, 288): wenn der mit einem Recht belastete Miteigentumsanteil nicht gemäß § 48 GBO in einem Bruchteil angegeben ist (RG 54, 85; OLG 14, 185; § 895 A 1); wenn Eheleute als Miteigentümer eines Grundstücks eingetragen sind, während dieses zum Gesamtgut der zwischen ihnen bestehenden Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549, 1438) gehört (KGJ 50, 151); wenn Miterben als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen sind, einer der Miterben aber seinen Anteil am gesamten Nachlasse gemäß §§ 398, 413, 1274, 2033 rechtswirksam einem andern übertragen oder verpfändet hat (RJA 6, 235; 10, 69; KGJ 26 A 114; 33 A 231; OLG 4, 190; 5, 427; 25, 377); wenn bei einer Hypothek das Schuldverhältnis, auf dem die gesicherte Forderung beruhen soll, oder auch sonst der Inhalt des Rechts, insbesondere in Anbetracht der Eintragungsbewilligung, im Grundbuch nicht richtig eingeschrieben ist (RG 57, 321; JW 02, 421[14], Beil 194; 03 Beil 48; 06, 18[17]); wenn überhaupt die Eintragung mit der zugrunde liegenden Einigung nicht übereinstimmt, insbesondere unvollständig ist (KGJ 53, 174), es sei denn, daß anzunehmen ist, die Einigung würde auch ohne den nicht eingetragenen Teil des Rechtsinhalts vorgenommen sein (§ 139; KGJ 42, 260; 53, 175); wenn im Falle der Übertragung eines Teils einer verbrieften Hypothek oder Grundschuld die Übertragung (versehentlich) zu einem geringeren als dem abgetretenen Betrage für den Erwerber eingetragen worden ist; wenn ein Recht (z. B. wegen Nichtigkeit der Einigung über eine Rangänderung) nicht mit dem ihm zustehenden Range eingetragen ist (RG 128, 56; 128, 280; § 880 A 3); wenn im Auseinandersetzungsverfahren nach preußischem Recht auf Grund eines bestätigten Rezesses oder eines ausgeführten Auseinandersetzungsplanes ein Wechsel im Besitz-

stande eingetreten, insbesondere an die Stelle eines abgefundenen Grundstücks das Abfindungsgrundstück getreten ist (KGJ 38 A 250; 50, 145).

d) für die Fälle einer **Verfügungsbeschränkung:** wenn eine Bedingung oder Zeitbestimmung, unter die ein eingetragenes Recht gestellt wurde, nicht eingetragen ist (§ 892 A 11); wenn das Recht des Nacherben (§§ 2113 ff.) bei dem Recht des Vorerben nicht eingetragen ist (§ 897 A 3; § 52 GBO; RG Gruch 48, 1022; KGJ 52, 144; OLG 40, 125); wenn bei einem eingetragenen Nacherbenrecht dessen Verpfändung oder Pfändung, die sich selbst als Verfügungsbeschränkungen darstellen, nicht eingetragen sind (RG 83, 438; KGJ 42, 239; 42, 241; 47, 167; § 892 A 11 Abs 2 und über die Abtretung oben a). Hierher gehört auch der Fall, daß das Anteilsrecht eines Miterben an dem gemäß § 2032 Abs 1 im gemeinschaftlichen Vermögen der Erben stehenden Nachlasse mit einem gemäß §§ 1273, 1274 wirksam bestellten (RG 84, 396; 87, 324) Pfandrecht belastet ist, daß aber dieses Pfandrecht nicht eingetragen ist im Grundbuch über ein Nachlaßgrundstück, bei dem die Miterben in ihrer Gesamtheit als Eigentümer eingetragen sind (RG 90, 235). Nach dem Grundbuch könnte hier der Miterbe in Gemeinschaft mit den anderen Miterben unbeschränkt über das Grundstück verfügen, während er nach der wirklichen Rechtslage wegen der Pfandbestellung gemäß § 1276 (RG 84, 399) zur Verfügung der Zustimmung des Pfandgläubigers bedarf. Das Grundbuch ist also insofern unrichtig, als es schweigt über eine bestehende Verfügungsbeschränkung, die keine rechtsgeschäftliche (nicht eintragbare) Beschränkung im Sinne des § 137 ist, sondern sich aus dem dinglichen Recht an fremdem Gegenstand ergibt (RG 90, 237). Weitere Beispielsfälle: wenn ein Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 bezeichneten Art bei dem betroffenen Recht nicht eingetragen ist (über die Frage, ob in solchem Falle der durch das Verbot Geschützte Berichtigungsberechtigter ist: A 3 Abs 1 a. E.), wobei jedoch zu bemerken ist, daß die Zustimmung des durch die Eintragung Betroffenen meistens durch das Eintragungsersuchen einer zuständigen Behörde ersetzt werden wird (RJA 6, 239; § 892 A 12); wenn eine eingetragene Verfügungsbeschränkung tatsächlich nicht entstanden ist (z. B. weil die Einigung über eine Bedingung oder die letztwillige Verfügung mit der Anordnung eines eingetragenen Nacherbenrechts nichtig ist) oder wenn sie zwar entstanden, aber wieder aufgehoben ist (z. B. eine einstweilige Verfügung mit Veräußerungsverbot durch vollstreckbare Entscheidung). — Veräußert der Eigentümer entgegen einem zugunsten einer bestimmten Person eingetragenen Veräußerungsverbot das Grundstück an einen andern, so hat der durch das Verbot Geschützte nicht nur einen Anspruch auf Rückauflassung, sondern in entsprechender Anwendung des § 894 einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Wiedereintragung des alten Eigentümers (RG 132, 149). — Dagegen wird ein dem Schutze des Nacherben dienender Vermerk über sein Nacherbenrecht durch den Eintritt des Nacherbfalles nicht unrichtig, solange noch die Möglichkeit eines Rechtsverlustes, namentlich durch Verfügungen der Erben des Vorerben, besteht (KGJ 49, 179). Hat der Vorerbe über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Grundstücksrecht zugunsten eines Dritten verfügt, ohne daß das Nacherbenrecht eingetragen war oder der Nacherbe seine Zustimmung zu der Verfügung erteilt hatte, so steht dem Nacherben, sofern nicht der Verfügende befreiter Vorerbe war und die Verfügung gegen Entgelt erfolgte (§§ 2136, 2113 Abs 2), ein Berichtigungsanspruch auf Zustimmung zur Eintragung des Nacherbenrechts auch noch gegen den Erwerber zu, soweit dieser sich nicht nach § 2113 Abs 3 auf guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs berufen kann. Dieser Anspruch besteht selbständig neben dem Recht auf Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung des Erwerbers nach § 899 oder nach § 54 GBO (KGJ 52, 140; OLG 40, 125). Durch die Eintragung des Nacherbenrechts wird der Nacherbe dagegen geschützt, daß sein Recht, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge die Unwirksamkeit der Verfügung geltend zu machen, durch Weiterverfügung des ersten (bösgläubigen) Erwerbers an einen zweiten (gutgläubigen) Erwerber vereitelt wird (KGJ 52, 144). Dies gilt auch dann, wenn noch der Erblasser als Rechtsinhaber eingetragen stand und nun der Vorerbe, der durch die Verfügung zugunsten des Dritten sein Verfügungsrecht verloren hat, nicht mehr als Rechtsinhaber eingetragen werden kann. Der § 52 GBO, der bei der Eintragung des Vorerben die gleichzeitige Eintragung des Nacherbenrechts von Amts wegen vorsieht, kommt hier, wo es sich um die Bewilligung der Eintragung des Nacherbenrechts handelt, nicht in Betracht. Das Nacherbenrecht besteht aber selbständig und unabhängig davon, ob der Vorerbe eingetragen ist oder nicht (KGJ 52, 145).

Die **Vormerkung** (§ 883) und der **Widerspruch** (§ 899) entstehen erst durch Eintragung. Der Inhalt des Grundbuchs ist daher beim Fehlen ihrer Eintragung mit der wirklichen Rechtslage im Einklange, so daß § 894 keine Anwendung findet. Gleiches gilt, wenn eine eingetragene Vormerkung oder ein eingetragener Widerspruch wegen Nichtbestehens des gesicherten Anspruchs oder des gesicherten dinglichen Rechts oder aus sonst einem Grunde hinfällig geworden ist. In diesem Falle ist trotz der Hinfälligkeit der Eintragung das Grundbuch nicht unrichtig im Sinne des § 894, weil die Vormerkung und der Widerspruch keine dinglichen Rechte am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht sind, die „Rechtslage" des Grundstücks also nicht geändert ist. Die Löschung der hinfälligen Eintragung ist mithin hier auf einem anderen Wege als dem des § 894 herbeizuführen (§ 883 A 2, § 886 A 2, 3). Ist aber eine Vormerkung recht-

mäßig eingetragen und nur aus Versehen oder durch widerrechtliche Handlung gelöscht, so hatte die Vormerkung in der Zwischenzeit gegenüber ihr entgegenstehenden Verfügungen nach §§ 883 Abs 2, 888 dingliche Wirkungen erlangt. Diese mit der Vormerkung verknüpfte und einmal entstandene Rechtsstellung konnte nicht durch eine zu Unrecht erfolgte Löschung wieder beseitigt werden. Wie die Rechtsstellung wieder verschafft werden kann, ist in § 886 A 3 Abs 2 erörtert. Die Abtretung, Verpfändung oder Pfändung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs erstreckt sich auch auf die Vormerkung, wie unter entsprechender Anwendung des § 401 anzunehmen ist (§ 883 A 8 Abs 4). Die Übertragung oder Belastung des vorgemerkten Anspruchs kann im Grundbuch vermerkt werden (KGJ 35 A 314; 43, 210).

Ferner ist das Grundbuch nicht unrichtig, wenn für jemanden lediglich ein **persönlicher** (schuldrechtlicher) **Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes** am Grundstück oder an einer Grundstücksbelastung **oder auf Aufhebung** eines solchen Rechtes besteht. Denn eine Unrichtigkeit des Grundbuchs liegt nur dann vor, wenn die Rechtslage hinsichtlich der dinglichen Rechte eine andere ist, als sie nach dem Inhalt des Grundbuchs erscheint (**RG** 53, 377; 60, 264; 65, 365; SeuffA 61 Nr 272). Bei schuldrechtlichen Ansprüchen kann also nur auf Grund des Schuldverhältnisses mit der persönlichen Klage gegen den Verpflichteten die Herbeiführung der Eintragung oder der Löschung des Rechts verfolgt werden (§ 875 A 4; § 925 A 6). Über den Fall einer dem § 46 GBO oder der Vereinbarung der Beteiligten nicht entsprechenden Rangeintragung vgl. § 879 A 4, 8. Ist die einer Eintragung zugrunde liegende (dingliche) Einigung (§ 873 Abs 1) an sich rechtsgültig und nur das (schuldrechtliche) Grundrechtsgeschäft nichtig oder fehlt sonst ein Rechtsgrund für die Bestellung des Rechts, so ist nicht etwa ein (dinglicher) Berichtigungsanspruch aus § 894 gegeben. Vielmehr kommt nur ein persönlicher Anspruch, namentlich wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff., auf Beseitigung der Eintragung in Frage (**RG** 51, 422; 63, 185; 66, 389; Gruch 52, 958; RJA 7, 278). Durch Anfechtung auf Grund des AnfG oder der §§ 29 ff. KO wird das durch die anfechtbare Veräußerung an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht erlangte eingetragene Recht nicht aufgehoben, da die Anfechtung den Rechtserwerb nicht unwirksam macht (unten A 2 Abs 2 und § 883 A 2). Daher wird auch das Grundbuch nicht unrichtig; ein Berichtigungsanspruch ist also nicht gegeben (**RG** 71, 178; OLG 10, 203; a. M. OLG 21, 409). Selbstverständlich liegt keine Unrichtigkeit des Grundbuchs vor, wenn der eingetragene Gläubiger einer Briefhypothek wirklicher Gläubiger ist, einem anderen aber ein persönliches Zurückbehaltungsrecht an dem Brief zusteht (**RG** JW 1901, 130[35]).

Unter der wirklichen Rechtslage, mit der das Grundbuch nicht in Einklang steht, ist die materielle Rechtslage zu verstehen. Durch das Vorhandensein der **formellrechtlichen Voraussetzungen** für die Eintragung (Eintragungsbewilligung und Antrag) wird der Berichtigungsanspruch nicht ausgeschlossen, wenn zwischen Grundbuch und materieller Rechtslage ein Widerspruch besteht (**RG** 51, 420). Umgekehrt ist kein Berichtigungsanspruch gegeben, wenn die Eintragung zwar wegen Fehlens der (formellen) Voraussetzungen hätte unterbleiben sollen, aber der materiellen Rechtslage entspricht (OLG 25, 378). — Nicht um Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 894, sondern um **Richtigstellung der Einschreibung in das Grundbuch** handelt es sich, wenn nachrichtliche Vermerke, tatsächliche Angaben im Sinne der A 3 § 891 und ähnliches, wodurch Inhalt, Umfang oder Wirksamkeit der eingetragenen Rechte nicht berührt wird, der Wirklichkeit entsprechend geändert werden (z. B. Beseitigung von bloßen Schreibfehlern, versehentlichen Bezeichnungen, unzutreffenden Beschreibungen, Undeutlichkeiten hinsichtlich des Umfangs des Rechts: **RG** JW 1911, 976[8]; KGJ 25 A 104; 27 A 244; 38 A 237; OLG 7, 197; 8, 211; 8, 219; 8, 310; 15, 345; 16, 151; 16, 156; 18, 210; Richtigstellung des Erwerbsgrundes: RJA 9, 60). Die Beteiligten haben zwar ein Recht auf diese Richtigstellung, weil das Grundbuch nichts Unrichtiges enthalten soll (**RG** 83, 438). Das Grundbuch wird aber dadurch nicht „mit der wirklichen Rechtslage" in Einklang gebracht. „Unrichtig ist das Grundbuch auch dann nicht, wenn die Eintragung nur undeutlich ist und ihr Sinn durch die zugrunde liegende Eintragungsbewilligung festgestellt werden kann (**RG** 53, 414; JW 03 Beil 48; Warn 08 Nr 22; OLG 16, 171). Ferner handelt es sich nicht um Berichtigung des Grundbuchs, wenn eine beantragte Eintragung nicht vollständig bewirkt und daher ein Recht (z. B. ein Zinsrecht) nicht zur Eintragung gelangt ist. Denn ohne Eintragung ist das Recht noch nicht entstanden, das Grundbuch also nicht unrichtig. Hier muß die vollständige Erledigung des Eintragungsantrags, nötigenfalls im Wege der Beschwerde, verfolgt werden (OLG 21, 413).

Wird **zu einer Zeit, in der das Grundbuch** hinsichtlich eines eingetragenen Rechts **unrichtig ist, dieses Recht von einem Dritten durch Rechtsgeschäft gutgläubig erworben** (hat z. B. C, nachdem die Hypothek des B durch Befriedigung der Forderung auf den Eigentümer A übergegangen war, die Hypothek von dem noch eingetragenen B durch Übertragungsgeschäft erworben, ohne daß er die Nichtberechtigung des B kannte), so gilt nach § 892 Abs 1 Satz 1 zugunsten des Erwerbers das Recht als wirklich bestehend. Wird zu einer Zeit, in der das Grundbuch unrichtig ist, weil ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes dingliches Recht nicht eingetragen steht, ein diesem Recht entgegenstehendes Recht von einem Dritten durch Rechtsgeschäft gutgläubig erworben, so gilt nach § 892 Abs 1 Satz 1 das nicht eingetragene Recht zugunsten des Erwerbers

als nicht bestehend. Das trifft z. B. zu, wenn C, nachdem eine dem A gehörende Parzelle irrtümlich auf dem Grundbuchblatt des B als diesem gehörig vermerkt war, von B das Eigentum übertragen oder ein begrenztes dingliches Recht bestellt erhält, ohne davon Kenntnis zu haben, daß die Parzelle dem A gehört. Ebenso greift § 892 Abs 1 Satz 1 ein, wenn auf Grund der Löschungsbewilligung des Vorerben allein eine im Falle des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber nach § 2113 Abs 1 unwirksame Löschung einer zum Nachlaß gehörenden Hypothek erfolgt ist und dann für einen andern, der die Unwirksamkeit der Löschung nicht kennt, eine Hypothek an dem Grundstück bestellt wird (RG 102, 335). In allen diesen Fällen steht das Grundbuch, soweit durch seine Unrichtigkeit an sich der Erwerber betroffen werden müßte, kraft der gesetzlichen Fiktion der Richtigkeit mit der wirklichen Rechtslage nicht im Widerspruche. Demjenigen, dessen Recht zu Unrecht belastet wird oder der der wahre Berechtigte ist oder dessen Recht außerhalb des Grundbuchs besteht, ist also kein Berichtigungsanspruch gegen den Erwerber gegeben. Entsprechendes gilt nach § 893, wenn von einem Dritten gutgläubig an einen eingetragenen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt wird (z. B. wenn der Eigentümer C eine Buchhypothek an den als Gläubiger eingetragenen B, der von dem ursprünglichen Gläubiger A die Hypothek nicht rechtswirksam übertragen erhalten hat, bezahlt und so die Hypothek erwirbt) oder mit einem eingetragenen Nichtberechtigten ein anderes, eine Verfügung enthaltendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird (z. B. wenn der Eigentümer C mit dem nicht berechtigten B die Aufhebung eines das Grundstück belastenden Rechts vereinbart, das in Wirklichkeit dem A zusteht). Vgl. hierüber § 892 A 2, 6, 7; § 893 A 1, 3, 4. Soweit danach das Recht des Berichtigungsberechtigten nicht überhaupt erlischt, kann der Berichtigungsanspruch nur gegenüber anderen, die sich auf einen gutgläubigen Erwerb nicht berufen können, geltend gemacht werden (z. B. im Falle unrechtmäßiger Löschung einer Hypothek gegen diejenigen nachstehenden Gläubiger, deren Hypotheken zur Zeit der Löschung bereits eingetragen standen: § 892 A 2).

Rechte, die ohne Eintragung als dingliche mit voller Wirksamkeit **bestehen,** aber nicht eintragungsfähig sind (z. B. die Überbau- und die Notwegrente: §§ 912—918), machen durch ihr Bestehen außerhalb des Grundbuchs dieses nicht unrichtig. Denn das Grundbuch soll nur in seinem zulässigen Inhalt vollständig sein. Nicht eintragungsbedürftige, aber eintragungsfähige Rechte können eingetragen werden, weil ein bestehendes dingliches Recht auch den Anspruch auf Eintragung gewährt. Für die vor Inkrafttreten des BGB entstandenen Grunddienstbarkeiten gewährt Art 187 EG ausdrücklich das Recht auf Eintragung (auf Reallasten bezieht sich die Vorschrift nicht: OLG 35, 328). Ebenso können berichtigend zur Eintragung gebracht werden Rechte, die zwar ohne Eintragung entstehen, jedoch zur Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Erwerbern der Eintragung bedürfen, wie der Nießbrauch nach § 1075, die Sicherungshypothek aus § 1287 Satz 2 und aus ZPO § 848 Abs 2. Ferner können auch im Wege der Berichtigung des Grundbuchs Rechte eingetragen werden, die vor Inkrafttreten des BGB zwar ohne Eintragung entstanden sind, aber zur Wirksamkeit gegen Dritte, gleichviel ob sie diesen bekannt waren oder nicht, der Eintragung bedurften (RG 55, 315; 56, 13; 66, 30; JW 04, 282[1]; vgl. in Preußen § 12 EEGes. v. 5. 5. 72 und für vorher begründete dingliche Rechte § 73 GBO v. 5. 5. 72, dazu RG Gruch 62, 411). Da aber diese Rechte gemäß Art 184 EG nur in ihrem bisherigen unvollkommenen Rechtszustande bestehengeblieben sind (RG 66, 30; OLG 35, 329), so ist die Eintragung nicht mehr zulässig, wenn inzwischen das Eigentum auf einen, sei es auch bösgläubigen, Erwerber übergegangen ist (RG JW 04, 282[1]; RG 74, 60). Vgl. hierüber auch § 892 A 3.

2. Berichtigungsberechtigte sind nur die im § 894 als solche bezeichneten, **bei der Unrichtigkeit des Grundbuchs unmittelbar Beteiligten** (RG Gruch 62, 384). In Fällen, in denen das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht, weil ein außerhalb des Grundbuchs **bestehendes dingliches Recht nicht eingetragen** ist (A 1 a und a. E.), ist berichtigungsberechtigt derjenige, dessen dingliches Recht der Eintragung entbehrt (RG Gruch 62, 384). Daher kann z. B. auch der Aufwertungsgläubiger, der die Wiedereintragung seiner gelöschten Hypothek durchsetzen und den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in Ansehung der Löschung entkräften will, gegen den Bucheigentümer des Grundstücks den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des wahren Eigentümers geltend machen (RG 9. 7. 27 V 522/26). Dagegen ist ein anderer, mag ihm auch sonst ein dingliches Recht am Grundstück zustehen, nicht legitimiert, die Eintragung jenes Rechtes zu betreiben. So kann z. B. der Eigentümer, wenn eine an sich bestehende Hypothek auf einen andern als den Buchgläubiger übergegangen ist, nicht von dem Buchgläubiger Zustimmung zu der Eintragung des andern verlangen; vielmehr steht der Anspruch nur diesem zu (RG 60, 264; Gruch 58, 668). Dagegen kann der Verwalter im Konkurse des Berichtigungsberechtigten dessen Berichtigungsanspruch verfolgen. Er kann von dem als Gläubiger einer Briefhypothek auf dem Grundstück des Gemeinschuldners Eingetragenen, dem der Brief noch nicht übergeben ist, Zustimmung dazu verlangen, daß die gemäß §§ 1163 Abs 2, 1177 Abs 1 dem Gemeinschuldner als Grundschuld zustehende Hypothek auf den Gemeinschuldner umgeschrieben werde. Das gilt selbst dann, wenn dem Eingetragenen nach

Zahlung des Hypothekenbetrags ein Anspruch auf Verschaffung der Hypothek gegen den Gemeinschuldner zusteht. Wegen dieses persönlichen Anspruchs kann der Eingetragene nur eine Geldforderung gemäß § 69 KO als Konkursforderung geltend machen (RG 77, 100). Sind mehrere als (nicht eingetragene) Miteigentümer eines Grundstücks berichtigungsberechtigt, so kann nach § 1011 jeder für sich allein den Berichtigungsanspruch geltend machen, und zwar dahin, daß sämtliche Berechtigte als Miteigentümer eingetragen werden (RG JW 1911, 280[10]). Ebenso kann gemäß § 2039 jeder Miterbe auf Grund des allen Miterben zustehenden Gesamthandeigentums am Grundstück von dem Bucheigentümer die Berichtigung des Grundbuchs auf alle Miterben verlangen, ohne die Zustimmung der anderen Miterben zu ihrer Eintragung darlegen zu müssen (RG HRR 1930 Nr 1220). — Ist **ein Recht nicht richtig eingetragen** (A 1 c), so kann nur der Inhaber des Rechts die Berichtigung des Inhalts verlangen. Betrifft jedoch die unrichtige Eintragung das Eigentum und hat sie zur Folge, daß ein das Grundstück belastendes Recht nicht richtig oder nicht vollkommen eingetragen ist (sind z. B. im Falle einer Hypothek an einem Miteigentumsanteile die Anteile der Miteigentümer nicht gemäß § 48 GBO in Bruchteilen angegeben), so steht auch dem Inhaber des Rechtes der Anspruch auf Zustimmung zur Richtigstellung der Eigentumseintragung gegen den dadurch Betroffenen zu (RG 54, 85; § 895 A 1). Ist der eingetragene Inhaber des zu berichtigenden Rechts nicht der wahre Inhaber, so fehlt ihm die sachliche Legitimation zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs. Da er das Recht überhaupt nicht für sich geltend machen darf, ist er auch nicht befugt, die Richtigstellung des Rechts zu verfolgen (str.). Allerdings kann er sich im Falle der Klagerhebung auf die Vermutung des § 891 für seine Berechtigung berufen. Wird aber die Vermutung durch den Nachweis widerlegt, daß er nicht der wahre Berechtigte ist, so ist die Klage abzuweisen. — Wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs darin besteht, daß **ein eingetragenes Recht** am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht **nicht rechtsbeständig ist** (A 1 b), so steht zunächst dem Eigentümer oder dem Inhaber des belasteten Rechts der Berichtigungsanspruch zu. Denn er wird durch die nicht bestehende Belastung in seinem Rechte beeinträchtigt, zumal die Belastung nach § 891 die Vermutung für ihr Bestehen hat und nach § 892 Abs 1 Satz 1 durch Erwerb eines gutgläubigen Dritten wirksam werden kann (RG Warn 1912 Nr 259). Wenn das Grundstück oder das Recht am Grundstück noch mit anderen Rechten belastet ist (z. B. ersteres mit mehreren Hypotheken, letzteres mit Pfandrecht und Nießbrauch), kann die Berichtigung (Zustimmung zur Löschung des belastenden Rechts) aber auch von den Inhabern derjenigen anderen belastenden Rechte verlangt werden, die dem nicht bestehenden Recht im Range gleich- oder nachstehen. Deshalb steht z. B. ein Berichtigungsanspruch zu: dem nachstehenden Hypothekengläubiger gegenüber einer vorgehenden rechtsunwirksamen Eintragung oder gegenüber einer vorgehenden, durch Verzicht gemäß § 1175 Abs 1 Satz 2 an einem der belasteten Grundstücke erloschenen Gesamthypothek (RG 73, 52; OLG 21, 407; KGJ 47, 208); dem Gläubiger, für den in der Zwangsversteigerung eine Sicherungshypothek gemäß §§ 50 Abs 1, Abs 2 Nr 2, 125, 128 ZVG unter der Bedingung eingetragen worden ist, daß eine bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Hypothek nicht besteht (RG Warn 1912 Nr 259); dem Gläubiger eines späteren Pfändungspfandrechts gegenüber einem früher bestellten Pfandrecht an einer Hypothek (RG 65, 365). Denn auch diese Rechtsinhaber werden in ihren Rechten durch die nicht bestehende Belastung beeinträchtigt. Erstens hindert sie die Vermutung für das Bestehen dieser Belastung aus § 891 daran, ihre Rechte mit dem Range zur Geltung bringen, der ihnen im Falle der Löschung der Belastung zustehen würde; zweitens leidet die Wertschätzung ihrer Rechte im Verkehr; drittens laufen sie nach 892 Abs 1 Satz 1 Gefahr, daß die Belastung durch Erwerb eines gutgläubigen Dritten mit gleichstehendem oder vorgehendem Range rechtsbeständig wird (RG 73, 52; JW 08, 275[11]; Warn 1912 Nr 259). Jeder der hiernach Berichtigungsberechtigten kann den Berichtigungsanspruch selbständig und unabhängig von den anderen Berechtigten geltend machen. Selbstverständliche Voraussetzung dafür ist aber, daß derjenige, der den Anspruch geltend macht, ein rechtsschutzwürdiges Interesse an der begehrten Berichtigung hat; mangels einen solchen Interesses fehlt es an einer Beeinträchtigung seines Rechts (RG 135, 35). Soll die beeinträchtigende Belastung deswegen nicht rechtsbeständig sein, weil die ihr zugrunde liegende Einigung über die Bestellung anfechtbar (z. B. wegen Irrtums, Betrugs) sein soll, so muß die Einigung von dem Besteller rechtzeitig angefochten (§§ 121, 124) und dadurch nichtig geworden sein (§ 142 Abs 1), bevor die Inhaber gleich- oder nachstehender Rechte, die zur Anfechtung nicht befugt sind, das Nichtbestehen der Belastung geltend machen können. Ferner sind auch hier überall nur die wahren Rechtsinhaber, nicht die zwar eingetragenen, aber tatsächlich nicht berechtigten Inhaber zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs legitimiert. Derjenige, für den ein Recht eingetragen ist, kann keinen Berichtigungsanspruch erheben mit der Begründung, daß das Recht in Wirklichkeit nicht bestehe. Daher hat z. B. keinen Berichtigungsanspruch der Bucheigentümer, der behauptet, die Auflassung, auf Grund deren er eingetragen ist, sei nichtig, weil sein Vertreter bei der Auflassung keine Vertretungsmacht gehabt habe. Zwar kann der Buchberechtigte ein Interesse an der Beseitigung des Rechts haben, dessen Bestehen für ihn nach § 891 Abs 1 vermutet

wird (z. B. seiner Eintragung als Eigentümer, die ihn nötigt, sich auf Klagen, die das Grundstück betreffen, einzulassen). Aber er ist nicht ein solcher, „dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist" (OLG 26, 97; KGJ 47, 182; in JW 1922, 218 A 1 wird auch dem fälschlich Gebuchten bei wirtschaftlichem und rechtlichem Interesse ein Berichtigungsanspruch zugestanden, jedoch anerkannt, daß dieser Fall im § 894 nicht vorgesehen sei). In solchen Fällen kann aber der Buchberechtigte gegen einen anderen, der zur Beseitigung des Rechts aus dem Grundbuch in der Lage oder dessen Mitwirkung bei der Beseitigung erforderlich ist und der für die erfolgte Eintragung des Rechts aufzukommen hat, einen schuldrechtlichen Anspruch auf Vornahme der geeigneten Maßnahmen und auf Erstattung der zu der Beseitigung aufgewandten Kosten haben (OLG 26, 97; DRZRspr 1933 Nr 377). — Ist bei einem Recht **eine von vornherein nicht entstandene oder wieder aufgehobene Verfügungsbeschränkung** (A 1 d) **eingetragen,** so steht dem Inhaber des Rechts der Berichtigungsanspruch zu. Richtet sich die Verfügungsbeschränkung gegen das Eigentum oder gegen ein begrenztes Recht am Grundstück, so ist auch für die Inhaber von Rechten, die das Eigentum oder das Recht belasten, ein Berichtigungsanspruch gegeben, falls ihre Rechte durch die nicht bestehende, aber eingetragene Beschränkung beeinträchtigt erscheinen. Streitig ist, ob bei einer nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkung, die sich nicht aus dem Inhalt des Rechtes selbst ergibt (wie z. B. eine Bedingung), sondern auf einem außerhalb des Rechtes liegenden Rechtsgrunde (wie z. B. Veräußerungsverbote nach §§ 135, 136) beruht, dem Geschützten ein Berichtigungsanspruch auf Zustimmung zur Eintragung der Verfügungsbeschränkung gegen den dadurch Betroffenen zusteht. Nach dem Wortlaut des § 894 ist, abgesehen von dem Fall des Eingetragenseins einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung, nur demjenigen ein Berichtigungsanspruch gewährt, dessen „Recht nicht oder nicht richtig" eingetragen ist. Da aber hier der Inhalt des Grundbuchs „in Ansehung einer Verfügungsbeschränkung mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht", indem der betroffene Rechtsinhaber nach dem Grundbuchinhalt als unbeschränkt verfügungsbefugt erscheint, während die Verfügungsbeschränkung dem Geschützten seine Rechte wahrt, so ist § 894 sinngemäß zur Anwendung zu bringen (KGJ 52, 144). In entsprechender Anwendung des § 894 ist ferner demjenigen, der durch ein relatives Veräußerungsverbot mit dinglicher Kraft gegen Verfügungen des Rechtsinhabers geschützt ist, ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, nicht ein Anspruch auf Rückverschaffung, zuzubilligen, wenn der Rechtsinhaber das Recht dem Verbote zuwider veräußert hat (RG 132, 149).

Wer nur einen **schuldrechtlichen Anspruch auf Herbeiführung einer Rechtsänderung** hat, dem steht überall ein Berichtigungsanspruch nicht zu. Denn sein Anspruch ist kein Recht am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte (RG 53, 377; 53, 410; 73, 52; 73, 175; KGJ 26 A 248; OLG 26, 7). So steht z. B. dem Käufer, der von dem wahren Eigentümer eine versehentlich auf dem Grundbuchblatt eines andern eingetragene Parzelle gekauft hat, kein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des wahren Eigentümers zu, selbst wenn er vom wahren Eigentümer bereits die Auflassung erhalten hat (KGJ 26 A 245). Ebensowenig kann ein vorgehender von einem nachstehenden Hypothekengläubiger auf Vorrangseinräumung in Anspruch genommen werden, weil der Eigentümer sich dem Nacheingetragenen gegenüber verpflichtet hatte, seine Hypothek mit Vorrang einzutragen (RG 73, 175). Ein Fall der Grundbuchberichtigung in Ansehung des Ranges eingetragener Rechte (A 1 c), liegt auch dann nicht vor, wenn ein Hypothekengläubiger eine vorgehende Hypothek auf Grund des Anfechtungsgesetzes mit Erfolg angefochten und ein rechtskräftiges Urteil gegen den vorgehenden Hypothekengläubiger erstritten hat (RG 71, 179; KGJ 49, 202; A 1 Abs 3; a. M. OLG 8, 307; 21, 409). Denn die Anfechtung hat keine dingliche Wirkung, sondern gewährt nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das von dem Schuldner veräußerte Vermögensstück (RG 47, 216; 56, 165; 70, 113; 71, 176). Ebensowenig kann ein **Gläubiger** des Schuldners, der mit seinem Recht nicht eingetragen ist, nach § 894 die Eintragung betreiben (OLG 2, 152). Hat **das Recht,** auf Grund dessen ein Berichtigungsanspruch gegeben ist, **früher einem andern gehört,** so ist der frühere Rechtsinhaber zur Geltendmachung des Anspruchs nicht befugt (z. B. der frühere Eigentümer nicht gegenüber einer nicht bestehenden Grundstücksbelastung). Denn nur der durch das andere Recht beeinträchtigte gegenwärtige Rechtsinhaber ist berichtigungsberechtigt (RG 53, 408; Gruch 48, 937; Warn 1910 Nr 239; OLG 26, 8; KGJ 52, 163). Jedoch steht nichts entgegen, daß der frühere Inhaber auf Grund einer Ermächtigung (s. unten) den Berichtigungsanspruch für den gegenwärtigen Inhaber in dessen Namen, aber in eigenem Interesse geltend macht (vgl. RG 53, 408; 59, 294; 64, 168; 91, 396; Gruch 48, 937; OLG 8, 186). Die Ermächtigung kann z. B. im Falle der Eigentumsübertragung auf Grund eines Kaufvertrags darin gefunden werden, daß dem Veräußerer die Verpflichtung auferlegt worden ist, ein das Grundstück belastendes nicht bestehendes Recht zur Löschung zu bringen (RG 53, 408; 91, 396; OLG 8, 186; vgl. aber für den Fall der Weiterveräußerung OLG 26, 8). Hat dagegen der Veräußerer sich verpflichtet, eine auf ihn als Eigentümergrundschuld übergegangene, aber noch auf den Namen des Gläubigers eingetragene Hypothek zur Löschung zu bringen, so ist darin nicht die Ermächtigung für den Erwerber zu erblicken, die Umschreibung der Hypothek auf den

Veräußerer oder gar die Löschung der Hypothek von dem Buchgläubiger zu verlangen (RG Gruch 58, 669). Ist der Veräußerer eines Grundstücks nicht als Eigentümer einer ihm gehörigen Parzelle eingetragen und geht daher trotz Auflassung des Grundstücks das Eigentum an der Parzelle nicht auf den Erwerber über, so kann nach wie vor nur der Veräußerer vom Bucheigentümer Berichtigung des Grundbuchs verlangen, jedoch nicht auf den Namen des Erwerbers, sondern für sich selbst (RG JW 1911, 280[10]).

Der Berichtigungsanspruch ist als ein Bestandteil des Rechts anzusehen, auf Grund dessen er von dem Inhaber geltend gemacht werden kann. Er **kann** daher **nicht für sich allein in dem Sinne** veräußert und auf einen andern **übertragen werden, daß der Zessionar,** ohne Inhaber des begründenden Rechts zu sein, **die Berichtigung für sich beanspruchen könnte** (RG 62, 327; 78, 90; 112, 265; JW 1932, 1206[8]; Gruch 65, 723; Warn 1910 Nr 239; 1922 Nr 15; KGJ 47, 173; § 1154 A 1 über Unübertragbarkeit des Anspruchs auf Aufwertung einer gelöschten Hypothek). Ist z. B. A trotz Umschreibung eines Rechts auf B wahrer Inhaber des Rechts geblieben (etwa wegen Nichtigkeit der Auflassung Eigentümer) und tritt A nunmehr den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs an C ab, so kann C nicht von B die Zustimmung dazu verlangen, daß er als Inhaber des Rechts (in dem Beispielsfall also als Eigentümer ohne Auflassung) eingetragen werde (RG 59, 295; 64, 168; Gruch 55, 103; 62, 384; 65, 723; a. M. OLG 29, 327). Nun kann aber bei nicht abtretbaren Ansprüchen ein Dritter ermächtigt werden, den Anspruch des Ermächtigenden im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten geltend zu machen, wenn der Ermächtigte ein rechtsschutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Geltendmachung des Rechts im eigenen Namen hat (RG 73, 306; 91, 396; Warn 1908 Nr 197). Deshalb kann auch der Berichtigungsberechtigte einen andern ermächtigen, den Berichtigungsanspruch in eigenem Namen und Interesse gerichtlich geltend zu machen, sofern nur der Ermächtigte ein rechtsschutzwürdiges eigenes Interesse an der Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs hat, z. B. nach erfolgter Berichtigung von dem Ermächtigenden die Eintragung eines Rechts erlangen kann (RG 59, 294; 64, 169; 78, 90; 112, 265; JW 1911, 280[10]; 1926, 252[8]; Warn 1922 Nr 15; 1931 Nr 65; Gruch 65, 724). Dieser Voraussetzungen für die Berichtigungsklage bedarf es nicht, wenn der Kläger selbst wirklicher Berichtigungsberechtigter ist und nur ein anderer auch zur Wahrnehmung seiner Belange ihn ermächtigt. Denn hier wird nicht ein fremdes Recht eingeklagt. Eines besonderen Interesses bedarf es also nicht (RG 129, 158). In einer „Zession" des Berichtigungsanspruchs wird eine Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs mit dem Ziel auf Eintragung des Rechts des „Zedenten" gefunden werden können (RG 64, 168; Gruch 62, 384; 65, 724; Warn 1922 Nr 15). Rechtlich liegt dann aber keine Abtretung vor, da diese eine Übertragung des Rechts zum eigentumsgleichen Erwerb erfordert. Hier steckt in der sog. „Zession" vielmehr nur die über Auftrag oder Bevollmächtigung hinausgehende Erteilung der Befugnis, in eigenem Namen und Interesse das Recht des Ermächtigenden zur Geltung und Durchführung zu bringen (RG 73, 307; Gruch 62, 384; 65, 724; KGJ 47, 174 gegen 36 A 180). Der Ermächtigende, der so die Ausübung seines Berichtigungsanspruchs dem andern überläßt, bleibt der eigentliche Gläubiger des Anspruchs. Er kann den Anspruch nach wie vor gegen den Berichtigungsverpflichteten für sich geltend machen; der Verpflichtete kann die obliegende Leistung (Zustimmung zur Grundbuchberichtigung) mit befreiender Wirkung an ihn bewirken (RG JW 1932, 1206[8]). Nur daneben steht dem an der Berichtigung interessierten Ermächtigten die Befugnis zu, den Anspruch geltend zu machen und die Leistung anzunehmen (RG JW 1922, 218[1]; KGJ 47, 174). Auch wenn der Ermächtigende zugunsten des Ermächtigten darauf verzichtet hat, den Berichtigungsanspruch selbst geltend zu machen, bleibt er zur Geltendmachung des Anspruchs für sich befugt. Denn nach § 137 hat der Verzicht nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragschließenden, beseitigt oder beschränkt aber nicht die Verfügungsbefugnis des Ermächtigenden gegenüber Dritten (RG JW 1922, 218[1]). Ist eine Parzelle irrtümlich auf ein falsches Grundbuchblatt eingetragen worden und läßt der wahre Eigentümer mit den ihm gehörigen übrigen Grundflächen auch diese Parzelle an einen Dritten auf, so daß die dingliche Einigung (§ 925) ausdrücklich die Parzelle mit umfaßt, so ist der Dritte als ermächtigt anzusehen, von dem Bucheigentümer der Parzelle die Zustimmung zu der Eintragung des wahren Eigentümers zu verlangen (RG 62, 322; 78, 90; 112, 266; Gruch 55, 100; OLG 29, 327). Wird die Parzelle auf Grund der freiwilligen oder gemäß § 894 ZPO durch Urteil ersetzten Zustimmung auf das richtige Grundbuchblatt eingetragen, so erlangt der Dritte, wenn demnächst seine Eintragung auf Grund der Auflassung erfolgt, Eigentum wie an den übrigen Grundflächen so auch an der Parzelle. Denn zur Wirksamkeit der Auflassung an dieser Parzelle war die vorherige Eintragung des wahren Eigentümers nicht erforderlich (§ 925 A 7; RG 62, 322; OLG 15, 340). Ist der Dritte aber schon früher als Eigentümer der übrigen Grundflächen eingetragen worden, so kann er nur die Zustimmung zur Übertragung der Parzelle auf ein neues Grundbuchblatt für den Auflassenden beanspruchen, nicht die Zustimmung zur Übertragung auf sein Blatt. Denn dies käme einer Zustimmung zur Eintragung seines Eigentums gleich. Auch würde einer sofortigen Eintragung des Dritten ohne vorangehende Eintragung des Auflassenden die Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO entgegenstehen (KGJ 26 A 248; a. M. RG 62, 324ff.; OLG 29, 327). Der Dritte

erlangt also in diesem Falle erst nach der Eintragung des Auflassenden durch eine weitere Eintragung auf Grund der Auflassung das Eigentum an der Parzelle (a. M. OLG 29, 327). — Von diesen rechtlichen Gesichtspunkten aus ist auch die Pfändung eines Berichtigungsanspruchs mit folgender Wirkung für zulässig zu erachten. Da der Berichtigungsanspruch nicht übertragbar ist, kann nach § 857 Abs 3 ZPO Gegenstand der Pfändung nur die Überlassung der Ausübung des Anspruchs sein (KGJ 47, 174). Durch diese Pfändung nebst Überweisung zur Einziehung (§§ 857 Abs 1, 829, 835 ZPO) erlangt der Pfändungsgläubiger die Befugnis, den Anspruch im eigenen Namen und Interesse, aber als einen Anspruch des Schuldners geltend zu machen (RG 60, 264; 94, 10; KGJ 47, 174; OLG 2, 152; 7, 315; 10, 388; 13, 12; 14, 185; 18, 235; für den Fall der Pfändung eines Löschungsanspruchs aber RG Warn 1910 Nr 239). Der Pfändungsschuldner bleibt der eigentliche Gläubiger des Berichtigungsanspruchs. Er ist trotz der Pfändung berechtigt, den Anspruch gegen den Berichtigungsverpflichteten gerichtlich geltend zu machen, da die Prozeßführung keine Verfügung ist, die ihm durch die Pfändung verboten wurde. Er behält auch die Befugnis, die dem Berichtigungsverpflichteten obliegende Leistung (Zustimmung zur Grundbuchberichtigung) in Empfang zu nehmen. Nur neben ihm hat der Pfändungsgläubiger die Berechtigung, den Anspruch geltend zu machen und die Leistung des Berichtigungsverpflichteten anzunehmen (KGJ 47, 174). Durch die Pfändung des Berichtigungsanspruchs erlangt der Gläubiger, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs darin besteht, daß der Schuldner gegenüber dem eingetragenen Berechtigten der wahre Berechtigte ist, an diesem Recht noch kein Pfandrecht. Dazu ist vielmehr die Pfändung des Rechts selbst gegen den Schuldner als wahren Inhaber und die Eintragung der Pfändung (sofern diese notwendig ist: § 830 Abs 1 Satz 1, 2 ZPO) bei oder nach der Eintragung des Schuldners als Inhabers erforderlich (SeuffA 62 Nr 250; OLG 2, 153; 13, 13; 18, 198). Die Eintragung der Pfändung des Berichtigungsanspruchs in das Grundbuch ist nicht zulässig. Denn auch für die Eintragung des Berichtigungsanspruchs selbst, der sich nicht als ein Recht am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht darstellt, bietet das Grundbuch keinen Raum (OLG 18, 198; KGJ 47, 179). Der Pfändungsgläubiger kann jedoch im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung eines Widerspruchs (§ 899) gegen das Recht des Berichtigungsverpflichteten zugunsten des Pfändungsschuldners erwirken. Denn in der Befugnis, den Berichtigungsanspruch geltend zu machen, ist auch die Befugnis mitenthalten, Maßregeln zum Schutz des dem Pfändungsschuldner zustehenden Rechts selbst zu ergreifen (OLG 18, 198). Aber auch dann ist die Eintragung der Pfändung (bei der Widerspruchseintragung) nicht zulässig, da durch die Pfändung eben nur die Befugnis zur Ausübung eines fremden Rechts erlangt und das Grundbuch zur Kundbarmachung einer solchen Befugnis nicht bestimmt ist (KGJ 47, 179; a. M. OLG 18, 198).

Steht der durch eine Eintragung oder durch eine Nichteintragung Benachteiligte mit dem dadurch Begünstigten hinsichtlich des von der Unrichtigkeit des Grundbuchs erfaßten Rechts in einem Schuldverhältnisse, so kann daraus dem ersteren gegen den letzteren ein **schuldrechtlicher Anspruch auf Herstellung des** der schuldrechtlichen Verpflichtung entsprechenden **dinglichen Rechtszustands** und Grundbuchinhalts erwachsen. So z. B. dann, wenn eine Eintragung nicht so erfolgt ist, wie sie nach dem Grundrechtsgeschäft erfolgen sollte (RG Warn 08 Nr 22). Vgl. auch § 891 A 6 über Schadensersatzansprüche gegen denjenigen, der ein Recht unrechtmäßig zur Löschung gebracht hat. Derartige schuldrechtliche Ansprüche können neben dem dinglichen Berichtigungsanspruch zwischen denselben Beteiligten bestehen. Ist z. B. der Erwerber eines Grundstücks auf Grund eines Kaufvertrags und einer Auflassung, die aus irgendeinem Rechtsgrunde (Geschäftsunfähigkeit, Formmangel, Fehlen einer behördlichen Genehmigung usw.) nichtig sind, als Eigentümer des Grundstücks eingetragen worden oder ist bei der Veräußerung eines Grundstücks eine Parzelle, die nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden nicht von der Veräußerung umfaßt wurde, infolge ihrer unrichtigen Buchung im Grundbuch mit auf den Erwerber umgeschrieben worden, so hat der Veräußerer zunächst einmal den Berichtigungsanspruch aus § 894, weil mangels rechtswirksamer Einigung über den Übergang des Eigentums die Eintragung des Eigentums des Erwerbers an dem Grundstück oder der Parzelle nichtig ist (RG 66, 21; 112, 264; Gruch 67, 554; JW 1926, 1025[1]; 1926, 2387[1]; § 925 A 6). Ferner hat aber der Erwerber, obwohl seine Eigentumseintragung nichtig ist, doch schon dadurch, daß er an Stelle des Veräußerers im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, etwas auf Kosten des Veräußerers ohne rechtlichen Grund im Sinne des § 812 erlangt. Denn die durch die Änderung der Eigentumseintragung dem Veräußerer entzogene und dem Erwerber gebotene Möglichkeit der Veräußerung und Belastung des Grundstücks oder der Parzelle stellt schon für sich allein einen Vermögenswert dar (RG 51, 422; 129, 311; RG Gruch 67, 554). Dem Veräußerer ist also auch ein schuldrechtlicher Bereicherungsanspruch auf Wiederverschaffung des Bucheigentums zuzugestehen, ein Anspruch, der nicht nur auf die Löschung des Bucheigentums des Erwerbers, sondern zur Klarstellung des Grundbuchs auch auf die Bewilligung der Wiedereintragung des Eigentums des Veräußerers sich richten darf (RG Gruch 67, 554; JW 1926, 1025[1]). Die Geltendmachung dieses schuldrechtlichen Anspruchs hat für den Veräußerer gegenüber der Geltendmachung des dinglichen Berichtigungsanspruchs z. B. den Vorteil, daß er nicht gemäß § 897 die Kosten

der Wiederherstellung des richtigen Grundbuchzustandes zu tragen hat. Weiter aber ist der schuldrechtliche Anspruch auf Herbeiführung der Richtigstellung des Grundbuchs nach allgemeinen Grundsätzen unbeschränkt übertragbar. Deshalb kann der Erwerber des Anspruchs (Zessionar) von dem zu Unrecht als Eigentümer Eingetragenen verlangen, daß die Parzelle an ihn statt an den Veräußerer (Zedenten) zurückgewährt wird. Denn in der Abtretung des Anspruchs wird, in der Regel wenigstens, der Ausdruck des Willens des Abtretenden zu finden sein, daß die Rückgewährverpflichtung durch Auflassung an den Abtretungsempfänger erfüllt werden soll. Der als Eigentümer Eingetragene, der buchmäßig zur Verfügung über das Grundstück durch Auflassung an einen Dritten in der Lage ist, wird durch eine solche Auflassung von seiner Verpflichtung gegenüber dem Veräußerer befreit. — Wollten mehrere Personen verschiedene Grundstücksteile von demselben Grundstückseigentümer erwerben, so kann im Falle unrichtiger Buchung des Erwerbs bei den Teilen ein Berichtigungsanspruch schuldrechtlicher Natur auch unmittelbar für einen Erwerber gegen den andern gegeben sein. Waren z. B. A und B übereingekommen, daß A die Parzelle 1, B die Parzelle 2 von C erwerben sollte, und war auch C willens, die Parzelle 1 an A, die Parzelle 2 an B zu veräußern, ist aber infolge einer Verwechselung in der Bezeichnung der Parzellen bei der Auflassung B als Eigentümer der Parzelle 1 eingetragen worden, so ist zwar C Eigentümer der Parzelle 1 geblieben (§ 925 A 6), A hat aber auf Grund der Vereinbarung mit B einen schuldrechtlichen Anspruch darauf, daß B ihm durch Zustimmung zu seiner Eigentumseintragung die von den Beteiligten gewollte Rechtsstellung verschafft (**RG** 112, 267; 137, 336). Aber auch wenn keine besondere Vereinbarung zwischen A und B getroffen ist, wird A gegen B, der auf Kosten des A das Bucheigentum an der Parzelle 1 ohne Rechtsgrund erlangt hat, einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 darauf haben, daß B die zur Eintragung des Bucheigentums des A erforderliche Einwilligung erklärt (**RG** 112, 268; 137, 336). Zur formellen Abwicklung der Grundbuchberichtigung in solchen Fällen **RG** 133, 279.

3. Die Zustimmung zu der Berichtigung muß in der Weise erfolgen, daß daraufhin die Berichtigung bewirkt werden kann. Gemäß §§ 19, 29 Satz 1 GBO muß sie daher in der Form des § 29 Satz 1 erklärt werden (RJA 9, 204; OLG 3, 225; 9, 332). Ist das Grundbuch unrichtig, weil ein Recht außerhalb des Grundbuchs auf einen neuen Berechtigten übergegangen ist, so ist die Angabe des materiellen Rechtsakts erforderlich, durch den der Übergang sich vollzogen hat (KGJ 40 A 270). Ist zur Berichtigung zunächst die Eintragung des Berichtigungsverpflichteten erforderlich, so gibt § 895 dem Berichtigungsberechtigten auch hierauf einen Anspruch. Ferner kann nach § 896 die etwa notwendige Vorlegung der Briefe über hypothekarische Rechte verlangt werden. Ein weiterer Anspruch steht aber dem Berichtigungsberechtigten nicht zu. Insbesondere kann er von einem Berichtigungsverpflichteten, der als Inhaber eines Rechts eingetragen ist, das in Wirklichkeit ihm zusteht, nicht verlangen, daß das Recht an ihn so übertragen wird, wie es für die rechtsgeschäftliche Übertragung eines bestehenden Rechts im Gesetz (§§ 873, 925, 1154) vorgeschrieben ist. Deshalb kann der Berichtigungsberechtigte z. B. nicht verlangen: die Abtretung einer für den Verpflichteten eingetragenen Hypothek, die durch dessen Befriedigung auf den Berechtigten als Eigentümer oder persönlichen Schuldner kraft Gesetzes (§§ 1163 Abs 1, 1167) übergegangen ist (§§ 1144, 1145, 1167; **RG** JW 02 Beil 240, 250); die Rückabtretung einer Hypothek, die unwirksam (z. B. durch den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Gläubigers ohne die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) an den Verpflichteten abgetreten war (**RG** Gruch 59, 480); die Rückauflassung eines Grundstücks, das er durch eine nichtige Auflassung dem Verpflichteten übertragen hatte (**RG** JW 02 Beil 202). Wird in solchen Fällen der Berichtigungsanspruch im Klagewege geltend gemacht, so ist der Klageantrag dahin zu stellen: den Beklagten zu verurteilen, zu bewilligen (§ 19 GBO; RJA 9, 204), daß an seiner Stelle der Kläger (oder, wenn noch andere, z. B. die gütergemeinschaftliche Ehefrau, mitberechtigt sind, der Kläger und diese anderen: **RG** JW 02 Beil 202) als Inhaber des Rechts (z. B. als Gläubiger einer Hypothek) eingetragen werden (RJA 2, 49). Der Kläger erlangt dann auf Grund des die Zustimmung gemäß § 894 ZPO ersetzenden rechtskräftigen Urteils und eines keiner Form bedürfenden Antrags (§§ 13, 30 GBO) die berichtigende Eintragung. Ist eine Hypothek wegen Nichtentstehens oder Erlöschens der gesicherten Forderung gemäß §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 auf den Grundstückseigentümer als Grundschuld übergegangen, so ist der Antrag des Eigentümers darauf zu richten, daß der als Gläubiger Eingetragene die Umschreibung der Hypothek als Grundschuld auf den Namen des Eigentümers bewillige (**RG** 101, 234). Doch kann der Eigentümer auch die Bewilligung der Löschung der Hypothek verlangen. Denn einerseits kann er über seine Eigentümergrundschuld auch so verfügen, daß er sie zur Löschung bringt, und erklärt dadurch, daß er von dem Buchgläubiger die Löschung verlangt, seine Einwilligung (§ 185 Abs 1) zu der dem Buchgläubiger an sich nicht zustehenden Verfügung über die Hypothek. Anderseits ist der Buchgläubiger als solcher in der Lage, die Löschungsbewilligung zu erklären, und wird auch nicht dadurch beschwert, daß er zur Bewilligung der Löschung statt zur Bewilligung der Umschreibung der Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer verurteilt wird (**RG** 86, 305; 91, 226; 101,

234; Gruch 58, 670). Dagegen ist derjenige der lediglich die Pfändung und Überweisung des dem Eigentümer zustehenden Löschungsanspruchs erwirkt hat, nicht berechtigt, gegen den als Hypothekengläubiger Eingetragenen auf Bewilligung der Löschung der auf den Eigentümer als Grundschuld übergegangenen Hypothek zu klagen. Denn die Pfändung und Überweisung nur des Löschungsanspruchs gewährt ihm nicht die Befugnis, über die Eigentümergrundschuld, zu der die Hypothek geworden ist, zu verfügen (RG 101, 235). — Wenn im Fall der Eigentumsberichtigung der Berichtigungsberechtigte auf Auflassung statt auf Zustimmung zur Eintragung klagen würde, wäre dadurch in der Regel nur er selbst, nicht der Beklagte benachteiligt. Denn der obsiegende Kläger müßte mit dem Urteil vor dem Grundbuchamt erscheinen, um dort seinerseits die Auflassungserklärung abzugeben (§ 925 BGB; § 20 GBO; § 925 A 11), während der Beklagte nach rechtskräftiger Verurteilung nichts Weiteres zur Herbeiführung der Berichtigung zu veranlassen hätte. Daher wird eine Klage auf Auflassung, wenn der Beklagte nicht besondere ihn benachteiligende Umstände darzulegen vermag, nicht abgewiesen werden dürfen (RG 139, 355; Warn 1929 Nr 44). Anderseits kann eine Verurteilung zur „Bewilligung der Eintragung des Eigentums eines andern" nicht nur als Verurteilung zur Zustimmung in die Berichtigung des Grundbuchs gedeutet werden, sondern auch als Verurteilung zur Abgabe der Auflassungserklärung, da hierbei der Gebrauch des Wortes Auflassung nicht notwendig ist (§ 925 A 13). Wenn daher der Berichtigungsberechtigte auf Grund eines solchen Urteils ohne Abgabe einer eigenen Auflassungserklärung seine Eintragung herbeiführen will, muß das Urteil (insbesondere für das Grundbuchamt) die Feststellung enthalten, daß es sich um eine Berichtigung, nicht um eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung handelt (§§ 20, 22 GBO). Denn andernfalls würde eine notwendige Auflassung durch Ausnutzung des Prozeßweges umgangen werden können (RJA 9, 205). Sachgemäß wird deshalb der Klagantrag dahin zu stellen sein: den Beklagten zu verurteilen, anzuerkennen, daß nicht ihm, sondern dem Kläger das Eigentum zusteht, und demgemäß zu bewilligen, daß der Kläger als Eigentümer eingetragen wird. Natürlich ist nicht ausgeschlossen, daß der Berichtigungsverpflichtete im Falle des Einverständnisses des Berechtigten freiwillig durch Auflassung seine Berichtigungspflicht erfüllt. Denn er ist formell zur Abgabe der Auflassungserklärung legitimiert, und die daraufhin erfolgende Eintragung bringt den wirklichen Rechtszustand im Grundbuch zur Darstellung (RJA 9, 59). Inwieweit im Falle des Bestehens eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Richtigstellung der Eigentumseintragung Auflassung verlangt werden kann, ist oben in A 2 a. E. erörtert. Ist eine Parzelle, die dem A übereignet werden sollte, infolge irrtümlicher Bezeichnung bei der Auflassung auf den Namen des B eingetragen worden, so kann der Grundstückseigentümer C, der Eigentümer der Parzelle geblieben ist (A 2 Abs 4), von B nur Zustimmung zur Eintragung seines Eigentums, nicht Zustimmung zur Eintragung des A verlangen, da das Grundbuch hinsichtlich der Rechte des A nicht unrichtig ist (RG 112, 266). Ist eine Parzelle irrtümlich auf ein anderes Grundbuchblatt als auf das des Eigentümers eingetragen worden, so ist die Verurteilung auf Bewilligung der Übertragung von jenem auf dieses Blatt zu richten (RG 62, 324). Zur lastenfreien Abschreibung ist dann aber noch die Zustimmung der Realberechtigten erforderlich. Sie brauchen ihre Zustimmung nicht zu geben, wenn sie vom Bucheigentümer in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs ein Recht (z. B. eine Hypothek) an der Parzelle erworben haben (§ 891 A 2 „tatsächliche Angaben"). — Im Falle des Bestehens eines dinglichen Rechts außerhalb des Grundbuchs (A 1a) ist die Eintragung des Rechts (RG 82, 23; 88, 286; Warn 1912 Nr 11; § 891 A 6), im Falle des Nichtbestehens eines das Grundstück oder ein Recht am Grundstück belastenden eingetragenen Rechts (A 1b) oder einer eingetragenen Verfügungsbeschränkung (A 1d) ist die Löschung der Belastung oder der Beschränkung, im Falle unrichtiger Einschreibung eines Rechts (A 1c) ist die Eintragung des richtigen und vollständigen Inhalts zu bewilligen. In dem zuerst genannten Falle steht es der Wiedereintragung eines zu Unrecht gelöschten, unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründeten Rechts nicht entgegen, daß dem BGB die Rechtsform unbekannt ist, sofern die Übergangsvorschriften des EG (z. B. Artt 179, 184) die weitere Geltung eines derartigen Rechts anerkennen (RG 82, 23).

4. Der **Berichtigungsverpflichtete** ist derjenige, der durch die Berichtigung im Falle seiner unrichtigen Eintragung als Eigentümer oder Inhaber einer Grundstücks- oder Rechtsbelastung oder als ein durch Verfügungsbeschränkung Begünstigter aus dem Grundbuch gänzlich ausscheidet, im Falle der Eintragung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechts oder des richtigen Inhalts eines eingetragenen Rechts oder einer außerhalb des Grundbuchs bestehenden Verfügungsbeschränkung eine Schmälerung seiner grundbuchmäßigen Rechtslage erleidet. Auch wenn der Betroffene nicht wahrer Inhaber des Rechts ist, das aus dem Grundbuch ausscheiden oder beschränkt werden soll (z. B. der Bucheigentümer, wenn eine zu Unrecht gelöschte Hypothek wieder eingetragen werden soll, oder der auf Grund nichtiger Übertragung als Gläubiger einer Hypothek Eingetragene, wenn der Eigentümer ihre Löschung wegen Nichtbestehens und Kenntnis des Eingetragenen davon verlangt), hat er bei der Berichtigung mitzuwirken und kann die Klage nicht durch die Einrede abwehren, daß er nicht der wahre Berechtigte

sei. Denn bei der Berichtigung handelt es sich nur darum, den Grundbuchinhalt (formell) mit der wahren Rechtslage in Einklang zu bringen. Nach dem Grundbuch ist aber der Eingetragene Inhaber des betroffenen Rechts (RG Warn 1927 Nr 136). Die Zustimmung des Buchinhabers allein genügt daher auch zur Herbeiführung der Berichtigung, da er gegenüber dem Grundbuchamt formell zur Verfügung über das Recht legitimiert ist, es sei denn, daß aus den Unterlagen für die Eintragung Bedenken gegen seine Legitimation vom Grundbuchamt zu entnehmen sind (RJA 9, 205; KGJ 49, 206). Wird statt des ursprünglich Berichtigungsverpflichteten (z. B. bei der Veräußerung des Grundstücks, als dessen Eigentümer er zu Unrecht eingetragen war) ein anderer als der Berechtigte in das Grundbuch eingetragen, so erlischt der Berichtigungsanspruch gegen jenen (RG Gruch 65, 725). Beruht die Eintragung aber auf einer Veräußerung, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Berichtigungsanspruchs eingetreten ist, so wird der Prozeß nach § 265 Abs 2 ZPO von ihr grundsätzlich nicht berührt. Er ist vielmehr so fortzusetzen, als wenn die Veräußerung nicht erfolgt wäre. Für die Entscheidung ist auch in materieller Hinsicht die Rechtslage vor der Veräußerung maßgebend, so daß die Klage gegen den auf Zustimmung zur Berichtigung verklagten ersten Berichtigungsverpflichteten weiter verfolgt werden kann (RG Gruch 65, 725; RG 121, 381). — Wenn mehrere Personen an dem von der Berichtigung betroffenen Recht mitberechtigt sind, müssen sämtliche Berechtigte die Zustimmung erteilen (RJA 1, 121), z. B. sämtliche Miteigentümer, wenn der Gläubiger einer nur an einem Anteil bestehenden Hypothek Richtigstellung ihrer Anteile verlangt (RG 54, 85; OLG 18, 116), oder sämtliche Miterben, wenn sie auf Antrag eines Miterben als Eigentümer eingetragen werden sollen (§ 22 Abs 2 GBO; KGJ 25 A 114). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn einem von ihnen allein die Verfügung über das Recht ausschließlich zusteht (wie z. B. dem Manne bei der ehelichen Gütergemeinschaft; vgl. §§ 1443ff., 1519, 1549 BGB; § 740 ZPO; RJA 2, 89; KGJ 22 A 140; jedoch auch OLG 18, 117). Wird von einem andern als dem Eigentümer (z. B. von einem nachstehenden Hypothekengläubiger) die Löschung einer nicht bestehenden Hypothek im Berichtigungswege verfolgt, so ist nach § 27 GBO auch die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (RG 72, 367; KGJ 24 A 135). Ist über das Vermögen des Verpflichteten der Konkurs eröffnet, so hat nach §§ 6, 43 KO der Konkursverwalter die Zustimmung zu erteilen (SeuffA 62 Nr 175).

5. Die Zustimmung zu der Berichtigung, die vom Berichtigungsberechtigten **verlangt werden kann,** stellt sich als Gegenstand eines dinglichen Anspruchs dar, der gleichzustellen ist den Ansprüchen aus dem Eigentum und aus begrenzten dinglichen Rechten wegen Entziehung oder Beeinträchtigung (Eigentums-, negatorischer, konfessorischer Anspruch: §§ 985, 1004, 1017 Abs 2, 1027, 1065, 1090 Abs 2, 1227; RG 51, 420; 82, 24; Gruch 48, 937; OLG 18, 116). Macht im Konkurse eines Hypothekengläubigers der Grundstückseigentümer geltend, die Hypothekenforderung sei getilgt, und verlangt er vom Konkursverwalter demzufolge die Bewilligung der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) oder die Bewilligung der Löschung, so handelt es sich um einen Aussonderungsanspruch gemäß § 43 KO (RG 60, 251; 86, 240). Wenn wegen Nichtigkeit der Auflassung das Eigentum an einem Grundstück nicht auf den Auflassungsempfänger übergegangen ist, so kann der Auflassende, ebenso wie der Eigentümer mit der Eigentumsklage vom Besitzer die Herausgabe nur eines Teils seines Eigentums beanspruchen darf, auch lediglich für einen Grundstücksteil die Berichtigung des Grundbuchs verlangen (RG 78, 374). Ist der Berichtigungsanspruch gerichtet auf das Eigentum (z. B. gegen den eingetragenen Nichteigentümer auf Bewilligung der Eintragung des wahren Eigentümers), auf das Bestehen einer dinglichen Belastung (z. B. wenn die Eintragung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechts am Grundstück oder wenn die Richtigstellung des Inhalts eines eingetragenen Rechts am Grundstück verlangt wird) oder auf das Nichtbestehen eines eingetragenen Rechts, so ist nach § 24 ZPO für die Klage das Gericht der belegenen Sache ausschließlich zuständig (RG 82, 24; 88, 61). Dabei kommt es nicht darauf an, von welchem der etwa vorhandenen mehreren Berichtigungsberechtigten (RG 15, 386; 20, 403; 23, 339; 25, 384; 35, 365; JW 92, 477[2]; 96, 410[5, 6]; Gruch 35, 816; 36, 1201; OLG 18, 403) die Klage erhoben wird. Der ausschließliche dingliche Gerichtsstand des § 24 ZPO greift auch dann Platz, wenn ein Gläubiger des Eigentümers dessen angeblichen Berichtigungsanspruch gegen einen Hypothekengläubiger auf Bewilligung der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (wegen Nichtentstehung der durch die Hypothek gesicherten Forderung) gepfändet hat und nunmehr der Hypothekengläubiger auf Feststellung des Nichtbestehens eines Anspruchs auf Umschreibungsbewilligung klagt. Denn auch bei dieser negativen Feststellungsklage ist im Streit, ob ein Berichtigungsanspruch bezüglich des Bestehens der Hypothek als solcher gegeben ist (RG Gruch 57, 160). Dagegen kommt mangels der Voraussetzung, daß das Grundstück selbst von der Berichtigungsklage betroffen wird, § 24 ZPO nicht zur Anwendung, wenn die Klage die Belastung oder eine Verfügungsbeschränkung an einem das Grundstück belastenden Recht zum Gegenstande hat. Um einen Berichtigungsanspruch im Sinne des § 894 handelt es sich bei einer Klage auf Wiedereintragung eines zu Unrecht gelöschten Rechts überhaupt nicht, wenn die Klage nur auf die schuldrechtliche Verpflichtung, die der ursprünglichen Rechts-

eintragung zugrunde lag, oder auf grundlose Bereicherung gestützt ist (RG 82, 24). Bei der Berichtigungsklage des wahren Grundstückseigentümers gegen den Bucheigentümer ist die Stellung des beklagten Bucheigentümers nahe verwandt der Stellung des Sachbesitzers gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers. Deshalb finden auch auf den Berichtigungsbeklagten nicht nur die §§ 989, 990 (RG 121, 336), sondern auch die §§ 987, 993 entsprechende Anwendung. Er braucht daher grundsätzlich nur die nach der Rechtshängigkeit des Berichtigungsanspruchs gezogenen Nutzungen (z. B. Pachtzinsen) herauszugeben (§ 101 Nr 2, § 993 Abs 2; RG 133, 285). Anderseits muß der Berichtigungsberechtigte nach den gleichfalls entsprechend anzuwendenden §§ 994 Abs 2, 995 dem Verpflichteten fällige Hypothekenzinsen erstatten, die dieser nach der Rechtshängigkeit bezahlt hat (RG 133, 287). Wegen der Wirkung der Rechtshängigkeit des Anspruchs: §§ 265, 266, 325 ZPO; RG 79, 165; 121, 380; Warn 1922 Nr 15; oben A 4. Der auf Berichtigung in Anspruch genommene Beklagte kann nicht einwenden, daß die Herbeiführung der Grundbuchberichtigung dem Kläger auf anderem Wege (§ 22 GBO) möglich sei, und zwar auch dann nicht, wenn er selbst bereits dem Kläger diese Möglichkeit durch Beschaffung der erforderlichen Urkunden gegeben hat. Denn § 894 (anders § 895: dort A 1) macht die Gewährung des Rechts auf Zustimmung nicht davon abhängig, daß die Herbeiführung der Berichtigung dem Berichtigungsberechtigten nicht anders möglich sei (RG Warn 1914 Nr 126; JW 1923, 750[3]; 1925, 1796[7]; RG HRR 1931 Nr 1049; OLG 7, 27; 14, 124; 18, 405). So kann z. B. der Eigentümer, der den Hypothekengläubiger befriedigt hat, trotz Quittungsempfangs noch die Bewilligung der Umschreibung der Hypothek verlangen, und ebenso kann der Eigentümer, auf dessen Grundstück eine Gesamthypothek gemäß § 1181 Abs 2 durch Befriedigung aus einem andern Grundstück erloschen ist, die Bewilligung der Löschung von dem Hypothekengläubiger beanspruchen (OLG 14, 124). Auch der Eigentümer, dessen Grundstück mit einer dem Inhalt nach unzulässigen Eintragung belastet ist, kann die Bewilligung der Löschung verlangen, wenngleich die Löschung nach § 54 Abs 1 Satz 2, § 71 GBO herbeigeführt werden könnte (RG JW 1923, 750[3]). Hat der Berichtigungsverpflichtete gegen den Berichtigungsberechtigten aus einem Schuldverhältnisse einen persönlichen Anspruch darauf, daß der Grundbuchinhalt wie bisher bestehenbleibt (z. B. wenn auf Grund eines gültigen Kaufvertrags eine nichtige Auflassungserklärung abgegeben oder wenn eine Hypothek so unvollständig eingetragen ist, daß sie nichtig ist, der Gläubiger aber nach dem schuldrechtlichen Hypothekbestellungsvertrag die Eintragung einer gültigen Hypothek verlangen kann, oder wenn auf die Berichtigung verzichtet worden ist), so kann er die Klage mit der Einrede arglistigen Verhaltens abwehren (RG 78, 377; 80, 321; 81, 291; Gruch 58, 1037; 29, 966; OLG 14, 125). Auch sonst kann diese Einrede gegenüber dem Berichtigungsanspruch durchgreifen, namentlich in Fällen, in denen er sich auf Nichtigkeit eines Vertrags wegen Formmangels gründet (RG 115, 42). Die dem Bucheigentümer gegenüber der Berichtigungsklage des wahren Eigentümers zustehende Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen auf das Grundstück nach § 273 Abs 2 oder wegen anderer Ansprüche nach § 273 Abs 1 ist behandelt in RG 114, 266; 115, 46; Warn 1911 Nr 391; 1930 Nr 28. Diese Einrede kann dadurch ausgeschlossen sein, daß dem Bucheigentümer eine unerlaubte Handlung zur Last fällt (RG Warn 1930 Nr 28). Verlangen Miterben als Grundstückseigentümer vom Hypothekengläubiger die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung einer Hypothek, die ihr geisteskranker Erblasser für eine fremde Schuld bestellt hatte, so kann der Beklagte zwar ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines gegen alle Miterben gerichteten Schadensersatzanspruchs geltend machen, wenn sie alle ihn über den Geisteszustand des Erblassers getäuscht hatten, um den Kredit des Gläubigers zu erlangen. Wegen anderer persönlicher Ansprüche gegen die Miterben oder gar nur gegen einen einzelnen von ihnen kann der berichtigungsverpflichtete Beklagte aber kein Zurückbehaltungsrecht ausüben (RG 132, 81). Einen Sonderfall behandelt RG 134, 144: A hatte durch einen Bevollmächtigten B sein Grundstück an C verkauft und übereignet; die Vollmacht war ungültig; A erzielte zunächst die Eintragung eines Widerspruchs zu Gunsten des ihm verbliebenen Eigentums und dann seine Wiedereintragung als Eigentümer; C hatte in der Zeit zwischen der Eintragung des Widerspruchs und der Wiedereintragung des A eine Eigentümergrundschuld für sich eintragen lassen. Gegenüber der nunmehr erhobenen Grundbuchberichtigungsklage des A gegen C auf Einwilligung in die Löschung der Eigentümergrundschuld machte C ein Zurückbehaltungsrecht wegen des seinerzeit an A gezahlten Kaufpreises geltend. Das Zurückbehaltungsrecht wurde ihm versagt, weil zwischen dem Klageanspruch des A und dem von C geltend gemachten Bereicherungsanspruch kein innerer, natürlicher, wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe, wie ihn § 273 erfordere, und weil C auch die Grundschuld erst nach der Eintragung des Widerspruchs für A bestellt habe. — Die Beweislast für die Unrichtigkeit des Grundbuchs liegt in der Regel dem Kläger ob nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß der Kläger die Tatsachen beweisen muß, die zur Begründung seines Anspruchs dienen (RG Warn 1914 Nr 291). Die Grundsätze des sog. Prima facie-Beweises sind hier nicht anwendbar (RG 130, 358). Klagt daher z. B. der Grundstückseigentümer gegen den Gläubiger einer Hypothek mit der Behauptung, die Hypothek bestehe nicht oder stehe wegen Fehlens der gesicherten Forderung nicht dem Gläubiger, sondern ihm als Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs 1, 1177

Abs 1) zu, auf Bewilligung der Löschung oder Umschreibung der Hypothek, so muß er das Nichtbestehen (Nichtigkeit) der Hypothek oder die Nichtentstehung oder das Erlöschen der Forderung (§§ 891, 1138) beweisen (RG 18, 266; 57, 321; 60, 249; JW 02, 421[14]; 06, 18[17]; 1922, 489[13]; Gruch 58, 833; § 891 A 4 Abs 3). Anders verhält es sich aber, wenn der Grundstückseigentümer die Grundbuchberichtigungsklage gegen den Gläubiger einer Sicherungshypothek (§ 1184) oder Höchstbetraghypothek (§ 1190) wegen Nichtentstehung der Forderung erhebt. Hier kann der Gläubiger sich nach §§ 1184 Abs 1, 1190 Abs 1 zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen, sondern muß wie bei der negativen Feststellungsklage über eine Forderung die Entstehung der Forderung beweisen. Ein hinreichender Beweis kann sich aber schon aus den Eintragungsurkunden ergeben, namentlich wenn die Hypothek für ein künftige Forderung (§ 1113 Abs 2), eine Höchstbetraghypothek für künftige Forderungen, die aus einem Rechtsverhältnis entstehen werden, bestellt ist (RG Gruch 58, 833; Warn 1914 Nr 76, 291). — Die *Vornahme der Berichtigung erfolgt* beim Grundbuchamt auf Antrag des Berechtigten (§§ 13, 30 GBO) und auf Grund der freiwilligen (§§ 19, 29 GBO) oder durch Urteil ersetzten (§ 894 ZPO) Bewilligung des Verpflichteten, ohne daß (auch bei Berichtigung der Eigentumseintragung) ein weiterer Nachweis der Unrichtigkeit erforderlich ist (RG 73, 154; RJA 9, 203; 11, 239; 12, 72). Jedoch hat der Grundbuchrichter die Berichtigung auf Grund einer Berichtigungsbewilligung abzulehnen, wenn sich aus den beigebrachten Urkunden ergibt, daß durch eine der Bewilligung entsprechende Eintragung das Grundbuch gerade umgekehrt unrichtig werden würde (RG 73, 157; RJA 11, 239; 12, 73). Nach § 22 GBO hat das Grundbuchamt die *Berichtigung* auch ohne Bewilligung des Betroffenen zu bewirken, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird. So kann z. B. nachgewiesen werden: das Erlöschen eines nur für einen Verkaufsfall bestellten und nicht ausgeübten Vorkaufsrechts (§ 1097 A 1) durch Vorlegung eines notariellen Tauschvertrags seitens des Grundstückserwerbers (KGJ 40 A 133); die Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163, 1177) durch beglaubigte Quittung des Gläubigers (RG 56, 327; KGJ 26 A 150; 40 A 136; 40 A 294; RJA 11, 63); die Übertragung einer Briefhypothek (§ 1154 Abs 1, § 1117 Abs 3) durch Einreichung von Abtretungs- und Annahmeerklärungen in der Form des § 29 GBO und des Hypothekenbriefs (KGJ 49, 206); die Nichtigkeit einer Hypothekübertragung, weil der Erwerber (z. B. eine Stiftung) keine Rechtspersönlichkeit besitzt, durch den Nachweis des Mangels der Rechtspersönlichkeit (RG 88, 89). Zu der *Ausführung der Berichtigung* ist zu bemerken: Handelt es sich um die Berichtigung durch Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Hypothek, die zur Eigentümergrundschuld geworden war, so erfolgt die Eintragung in Preußen in der Hauptspalte der Abt. III unter neuer Nummer hinter den später eingetragenen anderen Hypotheken. Dabei ist zum Ausdruck zu bringen, daß das wiedereingetragene Recht eine aus einer früheren Hypothek entstandene Eigentümergrundschuld darstellt; bei ihr und bei den anderen Hypotheken ist der Vorrang des wiedereingetragenen Rechts zu vermerken (KGJ 48, 189). Ist jedoch *inzwischen* nach erfolgter Löschung ein Recht am Grundstück durch *Erwerb* in (zu vermutendem) *gutem Glauben* an die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 892) für einen Dritten begründet worden, so kann die Wiedereintragung nur mit dem Rang nach diesem Recht erfolgen. Dies gilt auch dann, wenn eine Hypothek durch Erbgang vom Hypothekengläubiger auf den Hypothekenschuldner und Eigentümer als Grundschuld (§§ 1163, 1177 Abs 1) übergegangen (§ 1163 A 5) und auf Antrag des Eigentümers gelöscht ist, demnächst durch Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses gemäß § 1976 die Hypothekenforderung und damit auch die Hypothek wieder auflebt und der Nachlaßverwalter oder der Konkursverwalter ihre Wiedereintragung im Wege der Berichtigung des Grundbuchs beantragt, inzwischen aber ein gutgläubiger Dritter durch Bestellung des Eigentümers eine Hypothek an dem Grundstück erworben hat (RJA 16, 148). Über den zur Berichtigung erforderlichen Inhalt der Urteilsformel vgl. A 3. Ist das Urteil noch nicht rechtskräftig (§ 894 ZPO), aber vorläufig vollstreckbar, so kann ein *Widerspruch für den Berichtigungsberechtigten* nach Maßgabe der im Urteil angenommenen wirklichen Rechtslage eingetragen werden (§ 895 ZPO). — Ist eine *gelöschte Hypothek* nach den §§ 14 (Vorbehalt), 15 (Rückwirkung), 20 AufwG auf Grund einer rechtzeitigen (§ 16) Anmeldung *in Höhe des gesetzlichen Aufwertungsbetrags wieder einzutragen*, so stellt sich der Antrag auf Wiedereintragung der Hypothek als Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 22 GBO dar. Denn durch ihre Löschung war das Grundbuch nach dem Gesetz rückwirkend unrichtig geworden. Der Antrag kann sich demnach auf die Bewilligung der Betroffenen oder auf den Nachweis der Buchunrichtigkeit stützen. Die Bewilligung reicht aber für sich allein zur Eintragung nur dann aus, wenn nach Lage des einzelnen Falles unzweifelhaft ist, daß sie die ausschließliche Eintragungsgrundlage bilden soll (JFG 3 S. 342, 406). Andernfalls ist trotz der Bewilligung der Antrag aus dem Gesichtspunkt des Unrichtigkeitsnachweises zu prüfen. Wird ein Vorbehalt geltend gemacht, so ist er dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Handelt es sich um Aufwertung nach § 15 AufwG, so ist darzutun, daß die Zahlungsannahme in der Zeit vom 15. 6. 22 bis zum 14. 2. 24 erfolgt ist (über die Beweislast RG 121, 318 in § 891 A 6). Auch ist darzutun, in welcher Höhe die Zahlung geleistet ist, die nach § 18 AufwG in Höhe ihres Goldmarkbetrags (§§ 2, 3) auf den Auf-

wertungsbetrag anzurechnen ist; nach Art 3 DurchfVO v. 29. 11. 25 genügt dazu aber die unbeglaubigte Erklärung des Gläubigers (OLG 46, 12). Ferner ist in den Fällen der §§ 14, 15 AufwG gemäß § 16 Abs 1 Satz 1 darzutun, daß der Gläubiger den Anspruch auf Aufwertung bis zum 1. 1. 1926 bei der Aufwertungsstelle angemeldet hat. Dazu genügt die nach Art 126 DurchfVO von der Aufwertungsstelle auf Antrag auszustellende Bescheinigung über die rechtzeitige Anmeldung (JFG 3, 342). Der Nachweise nach § 16 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 Satz 1 AufwG bedarf es nicht, wenn die Eintragung vom Eigentümer bewilligt ist (JFG 3 S. 345, 404). Andernfalls ist nachzuweisen, daß vom Eigentümer und Schuldner innerhalb der Frist von drei Monaten seit Mitteilung der Aufwertungsanmeldung (§ 16 Abs 1 Satz 2, 3) Einspruch nicht eingelegt ist (wozu eine von der Aufwertungsstelle nach Art 126 DurchfVO zu erteilende Bescheinigung genügt) oder daß durch rechtskräftige Entscheidung festgestellt ist, daß ein wirksamer Vorbehalt der Rechte vorliegt oder eine Rückwirkung stattfindet. Der Antrag auf Wiedereintragung bedarf als reiner Verfahrensantrag (§ 30 GBO) keiner Form. Die Eintragung hatte nach Art 1 DurchfVO v. 29. 11. 25 nicht auf Reichsmark, sondern auf Goldmark (der amtlich festgestellte Preis für 1/2790 kg Feingold) zu lauten; jetzt kann sie nach § 5 GrundbBerG v. 18. 7. 1930 auf Reichsmark abgestellt werden, wenn der Gläubiger eine dahingehende Erklärung abgibt. Wird der Antrag lediglich auf Bewilligung des Eigentümers gestützt, so bedarf es zur Wiedereintragung auch der in der Form des § 29 GBO nachzuweisenden Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten, auch der Inhaber gelöschter, aber nach §§ 14, 15, 20 AufwG wiedereintragungsfähiger Rechte. Denn sie werden wegen Verschlechterung ihrer Sicherheit durch die Wiedereintragung auch im Sinne des § 19 GBO betroffen (JFG 2, 374; 3, 344; 3, 408). Wird aber die Buchunrichtigkeit nachgewiesen, so erfolgt nach §§ 20, 6 AufwG die Wiedereintragung der aufgewerteten Hypothek mit ihrem bisherigen Range. Inwieweit die Wiedereintragung ausgeschlossen oder der Rang der Hypothek verschlechtert wird durch einen in der Zwischenzeit seit ihrer Löschung erfolgten Rechtserwerb Dritter in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs (an das Nichtbestehen der Hypothek), darüber § 892 A 10 a. E. Streitig ist, ob schon der Grundbuchrichter bei Eintragung des Widerspruchs nach § 16 Abs 2 Satz 2 als einer vorläufigen Maßregel zu prüfen hat, inwieweit ein solcher Grund der Wiedereintragung entgegensteht, oder ob dies erst im Aufwertungsverfahren zu entscheiden ist (für jene Ansicht **RG** 116, 344, für diese OLG 46, 26). Übersteigt im Falle der Bewilligung der Eintragung der vereinbarte Aufwertungsbetrag den gesetzlichen, so kann in Höhe des Überschußbetrags nur eine neue Hypothek an bereiter Stelle eingetragen werden, da es sich insoweit um die Begründung eines neuen dinglichen Rechts handelt (§ 67 Abs 1 Satz 2 AufwG; JFG 3 S. 346, 354; OLG 46, 37). — Hat sonst der Berichtigungsverpflichtete in der Zwischenzeit bis zur Erhebung der Berichtigungsklage grundbuchliche Verfügungen vorgenommen, die das Recht des Berichtigungsberechtigten beeinträchtigen (hat z. B. der eingetragene Nichteigentümer das Grundstück inzwischen hypothekarisch belastet), so ist der Weg, auf dem er weiter zur Beseitigung der Beeinträchtigung (der Belastung) angehalten werden kann, nicht der aus § 1004, sondern der aus §§ 989, 990. Denn die beeinträchtigende Verfügung (Belastung) stellt sich als eine Verschlechterung des Grundstücks im Sinne dieser Vorschriften dar (**RG** JW 1928, 1387[52]; § 989 A 1), und die Stellung des Berichtigungsverpflichteten zum Berichtigungsberechtigten gleicht der Stellung des Besitzers zum Eigentümer so sehr, daß die entsprechende Anwendung der §§ 989, 990 geboten ist, mit der Maßgabe, daß für die Frage der Rechtshängigkeit (A 4, 5) der Berichtigungsanspruch (aus § 894) dem Herausgabeanspruch gegen den Besitzer gleichzustellen ist (**RG** 121, 335).

§ 895

Kann die Berichtigung des Grundbuchs erst erfolgen, nachdem das Recht des nach § 894 Verpflichteten eingetragen worden ist[1]), so hat dieser auf Verlangen sein Recht eintragen zu lassen[2]).

E I 1826 II 880; M 5 111 f.; P 6 223 ff.

1. **Die Eintragung des Rechts des nach § 894 Verpflichteten,** also desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird und der seine Zustimmung zu der Berichtigung zu erteilen hat, ist nach materiellem Recht, wenn der Verpflichtete trotz fehlender Eintragung wirklicher Inhaber des betroffenen Rechts ist, zur Wirksamkeit der Zustimmung ebensowenig erforderlich, wie sonst die Eintragung des bei einer dinglichen Rechtsänderung als Verfügender beteiligten Berechtigten (§ 873 A 8). Nach § 40 Abs 1 GBO soll aber eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Obwohl diese Bestimmung nur eine Ordnungsvorschrift ist und ihre Nichtbefolgung auf die materielle Wirksamkeit der Verfügung des wirklich berechtigten Passivbeteiligten keinen Einfluß hat, wird doch durch § 895 gegen den Zustimmungsverpflichteten ein Anspruch auf Bewirkung seiner Eintragung gegeben, damit das aus der Ordnungsvorschrift für die Grundbuchberichtigung sich ergebende Hindernis behoben

wird (Prot 6, 224). Die §§ 40 Abs 2, 41 GBO enthalten aber Ausnahmen von der Vorschrift des § 40 Abs 1, namentlich für den im Besitz des Briefs über ein hypothekarisches Recht befindlichen, gemäß § 1155 ausgewiesenen Gläubiger (§ 40 Abs 2) und (in den Fällen der Übertragung und der Aufhebung des Rechts) für den Erben des eingetragenen Berechtigten. Soweit diese Ausnahmen zutreffen, ist der Anspruch gegen den Verpflichteten aus § 895 nicht gegeben, da dann die Grundbuchberichtigung ohne seine Eintragung erfolgen kann. Eine trotzdem erhobene Klage auf Herbeiführung der Eintragung ist in der Regel abzuweisen, da dem Anspruch die durch § 895 gesetzte materielle Grundlage fehlt (str.). So bedarf es z. B. zur Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Hypothek gegenüber dem Erben des verstorbenen Eigentümers oder zur Umschreibung einer von dem Eigentümer an den Erben des Gläubigers bezahlten Buchhypothek auf den Eigentümer nur der in der Form des § 29 Satz 1 GBO freiwillig erklärten oder gemäß § 894 ZPO ersetzten Eintragungsbewilligung (Quittung) des Erben. Eine Klage auf Eintragung des Erben wäre in diesen Fällen unzulässig. Indessen ist die Geltendmachung des Anspruchs aus § 895 nicht etwa davon abhängig gemacht, daß die Eintragung „nach Maßgabe der §§ 40, 41 GBO" erforderlich ist, sondern nur davon, daß **die Berichtigung ohne Eintragung nicht „erfolgen kann"**. Hierunter ist aber nicht nur ein aus der fehlenden Eintragung nach den §§ 40, 41 GBO sich ergebendes rechtliches, sondern auch ein tatsächliches Hindernis zu verstehen. Lehnt z. B. das Grundbuchamt die Berichtigung ab in der irrigen Annahme, die Eintragung sei nach § 40 Abs 1 GBO erforderlich, während bei richtiger Beurteilung ein Ausnahmefall der §§ 40 Abs 2, 41 vorliegt, und hat auch die Beschwerde keinen Erfolg, so ist die Klage auf Bewirkung der Eintragung auch dann begründet, wenn der Prozeßrichter anderer Auffassung als das Grundbuchamt ist. Denn tatsächlich ist auch hier die Berichtigung ohne die Eintragung nicht möglich (**RG** 54, 87). Allerdings kann in derartigen Fällen der Berichtigungsberechtigte, der ein Urteil auf Bewilligung der Berichtigungseintragung erstritten hat, die Eintragung des Verpflichteten gemäß § 14 GBO herbeiführen (RJA 10, 70). Durch die Möglichkeit der Anwendung dieses Mittels wird aber die Anwendung des andern Mittels, der Klage aus § 895, nicht ausgeschlossen. Ein Anspruch aus § 895 ist auch dann gegeben, wenn der Verpflichtete zwar eingetragen ist, aber nicht so, daß das Recht des Berichtigungsberechtigten nach Inhalt und Gegenstand richtig und vollkommen eingetragen werden könnte. Denn die richtige und vollkommene Eintragung des Rechts, auf die der Berichtigungsberechtigte Anspruch hat, kann erst dann erfolgen, wenn der Verpflichtete in entsprechender Weise eingetragen ist. Daher ist in einem solchen Fall eine Klage auf Herbeiführung der erforderlichen Änderung der Eintragung zulässig (**RG** 54, 87; RJA 10, 69; KGJ 26 A 80). Soll also z. B. im Wege der Grundbuchberichtigung eine (zu Unrecht gelöschte) Hypothek an der Grundstückshälfte eines von zwei Miteigentümern eingetragen werden, sind aber im Grundbuch die Miteigentumsanteile nicht gemäß § 48 GBO in Bruchteilen angegeben, so ist die Klage auf Eintragung des Bruchteils von 1/2 zuzulassen.

2. Die **Eintragung des Berichtigungsverpflichteten verlangen** kann nur derjenige, der nach Maßgabe des § 894 die Zustimmung des Verpflichteten zu der Grundbuchberichtigung verlangen kann, also derjenige, dessen bestehendes dingliches Recht nicht oder nicht richtig oder gegen dessen Recht zu Unrecht eine Belastung oder eine Verfügungsbeschränkung eingetragen ist. So kann z. B. der Nacherbe verlangen, daß der Vorerbe sich als Inhaber des Eigentums oder Rechts des Erblassers eintragen läßt, damit das Recht des Nacherben als Verfügungsbeschränkung eingetragen werden kann (§§ 1922, 2113 BGB; § 52 GBO; **RG** 61, 232). Wer lediglich auf schuldrechtlicher Grundlage einen persönlichen Anspruch auf Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderungen hat (z. B. einen Anspruch auf Einräumung eines Rechts am Grundstück), dem steht der (dingliche) Anspruch aus § 895 nicht zu. Doch wird er in der Regel aus dem Schuldverhältnisse gegen seinen Vertragsgegner die persönliche Klage nicht nur auf Herbeiführung der Rechtsänderung überhaupt, sondern auch auf Bewirkung der dazu etwa erforderlichen Eintragung des Vertragsgegners anstrengen können. So wird z. B. der Verkäufer eines Grundstücks die Klage auf Entgegennahme der Auflassung und Eintragung des Käufers als Eigentümer erheben können, damit für den Kläger eine Restkaufgeldhypothek eingetragen werden kann (OLG 7, 283). Der Inhalt des persönlichen Anspruchs gegen den Vertragsgegner ist dann der gleiche wie der Inhalt des dinglichen Anspruchs aus § 895 gegen den Berichtigungsverpflichteten. In beiden Fällen ist der Anspruch darauf gerichtet, daß sich der Verpflichtete eintragen lasse, also alles bewirke und beschaffe, was zur Eintragung seines Rechts erforderlich ist, damit dann die Eintragung für den persönlich Berechtigten oder für den Berichtigungsberechtigten erfolgen kann. Insbesondere hat auch im Falle des § 895 der Berichtigungsverpflichtete nicht etwa nur die Zustimmung zu seiner Eintragung zu erteilen. Das dem Klageanspruch stattgebende Urteil wird in beiden Fällen nach § 888, nicht nach § 887 ZPO vollstreckt. Denn der nach § 13 GBO von dem Verpflichteten zu stellende Eintragungsantrag kann nicht von einem beliebigen Dritten gestellt werden (str.; vgl. jedoch **RG** 55, 59). Der § 14 GBO (A 1) kommt bei einem solchen Urteil nicht zur Anwendung, da es nicht die Eintragung eines (anderen) Rechts für den Berechtigten zum Gegenstand hat. Wenn aber außerdem der Berichtigungsberechtigte

ein Urteil auf Zustimmung zur Berichtigung, also zur Eintragung seines Rechts, und der persönlich Berechtigte ein Urteil auf Bewilligung der Eintragung der Rechtsänderung erstritten hat, so können beide auf Grund dieses Urteils die Eintragung des Verpflichteten gemäß § 14 GBO selbst beantragen (SeuffA 56 Nr 142). In dieser Vorschrift ist kein Unterschied gemacht, ob der Gläubiger einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung durch Eintragung seines bereits dinglich bestehenden Rechts oder nur einen persönlichen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechts im Rechtsstreit durchgesetzt hat. Der Berechtigte kann sich in beiden Fällen auch die zur Eintragung des berichtigungsberechtigten Verpflichteten notwendigen (§ 22 GBO) Unterlagen (z. B. einen Erbschein für den verpflichteten Erben des Bucheigentümers) gemäß §§ 792, 896 ZPO beschaffen. Ist der Verpflichtete nicht an die Stelle des Buchberechtigten getreten, liegt der Fall vielmehr so, daß der Verpflichtete wahrer, der Eingetragene nur scheinbarer Berechtigter sein soll (z. B. wegen Nichtigkeit der diesem erteilten Auflassung), so wird der persönlich Berechtigte mit der vorbezeichneten Klage von dem Verpflichteten, der ihm alle zulässigen Mittel zur Erlangung des Rechts an die Hand geben muß, auch die Abtretung des Berichtigungsanspruchs (§ 894 A 2 Abs 3) verlangen können, um daraufhin gegen den Buchberechtigten auf Bewilligung der Eintragung des Verpflichteten klagen zu können. Für den Berichtigungsberechtigten kommt dies nicht in Betracht; er kann auch vom Buchberechtigten Zustimmung nach § 894 verlangen. Eine Überweisung des Berichtigungsanspruchs könnte nur wegen einer vollstreckbaren Geldforderung (§§ 829, 835, 857 ZPO), nicht auf Grund des Urteils auf Herbeiführung der Rechtsänderung erfolgen.

§ 896

Ist zur Berichtigung des Grundbuchs die Vorlegung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefs erforderlich [1]), so kann derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll [2]), von dem Besitzer des Briefes [3]) verlangen, daß der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt wird [4]).

E I 1109 II 1091; M 3 745 f.; P 3 646; 6 386 f.

1. **Erforderlich ist die Vorlegung des Briefs,** damit ein Vermerk gemäß § 62 GBO darauf gesetzt werden kann. Dieses Erfordernis besteht nach §§ 42 Abs 1 Satz 1, 43 GBO regelmäßig, wenn eine Eintragung bei einem verbrieften hypothekarischen Recht (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) erfolgen, also auch wenn eine Berichtigung des Grundbuchs bei solchen hypothekarischen Rechten bewirkt werden soll. Die genannten Bestimmungen sind zwar nur Ordnungsvorschriften, deren Nichtbefolgung auf die Wirksamkeit des Eintragungsakts keinen Einfluß hat. Der § 896 gibt aber trotzdem dem Berichtigungsberechtigten einen materiellrechtlichen Anspruch auf Vorlegung, um ihm die Herbeiführung der Berichtigung zu ermöglichen. In gewissen Fällen bedarf es jedoch nach § 42 Abs 2 GBO (Ausschlußurteil) und nach § 43 Satz 2 (Brief für den Inhaber) der Vorlegung des Briefs zur Eintragung nicht. In solchen Ausnahmefällen besteht kein Anspruch auf Vorlegung, da diese dann zur Berichtigung nicht erforderlich ist. § 896 ist auch anzuwenden auf die nach § 44 Abs 1 GBO (Hypothek für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren) vorzulegende Urkunde, die den Hypothekenbrief vertritt.

2. **Derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll,** ist der, dem ein Berichtigungsanspruch aus § 894 zusteht, weil sein hypothekarisches Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder zu Unrecht belastet oder durch eine Verfügungsbeschränkung zu Unrecht beeinträchtigt ist oder weil sein Eigentum zu Unrecht mit dem hypothekarischen Recht belastet ist. Namentlich kommen hier in Betracht die Fälle, in denen eine Hypothek außerhalb des Grundbuchs erloschen (§§ 1173—1175, 1178) oder auf den Eigentümer oder sonst einen andern als den eingetragenen Gläubiger übergegangen ist (§§ 1143, 1150, 1163, 1164, 1168, 1170 Abs 2, 1171 Abs 2, 1173, 1174, 1182, 268 Abs 3, 426 Abs 2, 774, 1922), ferner die Fälle der widerrechtlichen Eintragung oder der Aufhebung einer Verfügungsbeschränkung des Gläubigers. Wenn der Eigentümer oder der Schuldner oder ein Dritter durch volle Befriedigung des Gläubigers die Hypothek gemäß §§ 1143, 1150, 1163, 1164 erwirbt, gilt nach §§ 1144, 1167 die Sonderbestimmung, daß der Erwerber nicht nur die Vorlegung an das Grundbuchamt, sondern die Aushändigung des Briefs verlangen kann. Dagegen kann bei nur teilweiser Befriedigung oder bei teilweisem Verzicht nach §§ 1145, 1150, 1167, 1168 Abs 3 (§ 61 Abs 1 GBO) nur die Vorlegung des Briefs an das Grundbuchamt, das Gericht oder den Notar zwecks Bildung eines Teilhypothekenbriefs verlangt werden (**RG** 69, 42; RJA 2, 83). Wem lediglich auf schuldrechtlicher Grundlage ein persönlicher Anspruch auf Herbeiführung einer Rechtsänderung an einem hypothekarischen Recht zusteht, hat keinen Anspruch aus § 896. Doch wird ihm in der Regel aus dem Schuldverhältnisse gegen seinen Vertragsgegner ein persönlicher Anspruch auf Vorlegung des Briefs zustehen, wenn die Herbeiführung der Rechtsänderung nicht anders zu ermöglichen ist (§ 895 A 2). Das Grundbuchamt ist zur Anordnung der Vorlegung weder verpflichtet noch berechtigt (RJA 6, 165). Über die Vorlegung des Briefs, wenn bei einem verbrieften hypo-

thekarischen Recht eine Vormerkung eingetragen werden soll, vgl. § 885 A 3 a. E. Wer bei einem hypothekarischen Recht eine Vormerkung (z. B. des Anspruchs auf Löschung) eintragen lassen will, hat gegen den dritten Besitzer des Briefs (z. B. einen Pfandgläubiger) keinen Anspruch auf Vorlegung aus § 896, da die Vormerkung kein Recht an der Hypothek ist und erst durch Eintragung entsteht, eine Grundbuchberichtigung also durch ihre Eintragung nicht stattfindet (OLG 3, 98).

3. Von jedem (unmittelbaren oder mittelbaren: § 868) **Besitzer des Briefes** kann die Vorlegung verlangt werden, nicht bloß von demjenigen, der nach § 894 die Zustimmung zu der Berichtigung zu erteilen hat (**RG** 47, 161; 69, 42). So ist z. B. derjenige, dem eine Briefhypothek verpfändet ist, zur Vorlegung des Briefs verpflichtet, wenn die Hypothek durch Befriedigung auf einen andern als den eingetragenen Gläubiger übergegangen ist (A 2) und die Umschreibung auf diesen andern zur Berichtigung des Grundbuchs erfolgen soll (**RG** 47 S. 160, 161). Soll im Falle der Abtretung eines Teils einer Briefhypothek unter Übergabe des Teilhypothekenbriefs die an sich außerhalb des Grundbuchs vollzogene Teilübertragung (§§ 1154 Abs 1, 1145, 1152 Abs 1 BGB; § 61 GBO; **RG** 69, 43) berichtigend im Grundbuch verlautbart werden, so ist der Besitzer des Stammbriefs zur Vorlegung nach § 42 GBO verpflichtet, da die Eintragung der Teilabtretung gemäß § 62 Abs 1 GBO auch auf diesem Brief zu vermerken ist (**RG** 59, 318; RJA 6, 66). Wird der besitzende Dritte lediglich als Besitzer auf Vorlegung in Anspruch genommen, so muß er noch zur Zeit der Klagerhebung im Besitz des Briefes sein (**RG** JW 04, 92[12]). Dies gilt jedoch z. B. nicht, wenn bei einer Pfändung und Überweisung einer Hypothek zugleich der persönliche Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Briefs gegen den Besitzer dem Gläubiger überwiesen ist und dieser daraufhin mit der Klage gegen den Besitzer die Vorlegung des Briefs verlangt, um demnächst das Grundbuch durch Eintragung der Pfändung berichtigen zu können. Denn hier handelt es sich nicht um eine Klage aus dem Recht des Berichtigungsberechtigten gemäß § 896, sondern um die Geltendmachung des persönlichen Anspruchs des Schuldners (**RG** JW 04, 92[12]). Hat der dritte Besitzer ein Recht zum Besitz (§ 986), sei es allgemeinhin, sei es auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Berichtigungsberechtigten (z. B. weil er die Hypothek bezahlt hat und dafür Ersatz verlangen kann), so können die daraus herzuleitenden Einwendungen auch gegenüber dem Anspruch aus § 896 mit Erfolg geltend gemacht werden (M 3, 746).

4. Auf Grund des § 896 kann nur die **Vorlegung an das Grundbuchamt verlangt** werden, nicht die Aushändigung an den Berichtigungsberechtigten (**RG** 69, 42). Über die Fälle, in denen kraft Sonderbestimmung die Aushändigung beansprucht werden kann, vgl. A 2. Die Vollstreckung eines Urteils auf Vorlegung erfolgt gemäß § 883 Abs 1 ZPO, also durch die vom Gerichtsvollzieher vorzunehmende Wegnahme des Briefs und dessen Vorlegung beim Grundbuchamt. Denn die Vorlegung des Briefs ist (zeitweise) Herausgabe einer Sache im Sinne dieser Vorschrift (**RG** Gruch 50, 1110). Über die Herbeiführung der Vorlegung eines für mehrere Pfändungsgläubiger hinterlegten Briefs vgl. OLG 15, 347.

§ 897

Die Kosten [1]) der Berichtigung des Grundbuchs und der dazu erforderlichen Erklärungen hat derjenige zu tragen [2]), welcher die Berichtigung verlangt, sofern nicht aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt [3]).

E I 843 II 813; M 3 237; P 3 102.

1. Zu diesen **Kosten** gehören namentlich die Kosten der öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung (§ 29 Satz 1 GBO) der vom Berichtigungsverpflichteten gemäß § 894 zu erteilenden Zustimmung. Die Kosten eines Rechtsstreits gehören nicht hierher; insoweit bestimmt sich die Kostenpflicht vielmehr nach §§ 91 ff. ZPO.

2. Zu tragen hat die Berichtigungskosten **der Berichtigungsberechtigte** deswegen, weil die Berichtigung in der Regel in seinem Interesse erfolgt (M 3, 237). Da der Berichtigungsverpflichtete sich auf die Abgabe der Zustimmungserklärung nicht einzulassen braucht, bevor er nicht wegen der Kosten gesichert ist, hat der Berichtigungsberechtigte ihm die erforderlichen Kosten vorzuschießen (vgl. §§ 369 Abs 1, 403 Satz 2, 798 Satz 2, 799 Abs 2 Satz 2, 800 Satz 2, wo die Vorschußpflicht ausdrücklich bestimmt ist).

3. Das ausnahmsweise die Kostenpflicht des Berichtigungsverpflichteten begründende **Rechtsverhältnis** kann auf Vertrag (vgl. für den Kauf §§ 435, 449) oder unerlaubter Handlung (z. B. vorsätzlicher Vernichtung von Urkunden) beruhen. Zwischen dem Nacherben und dem Vorerben besteht auf Grund der letztwilligen Verfügung ein solches Rechtsverhältnis nicht. Der Nacherbe muß also die Kosten tragen, wenn er die Eintragung des Vorerben und seines

Nacherbenrechts verlangt (str.; vgl. über die Eintragung von Amts wegen § 52 GBO). Über die Kostentragung im Falle eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Richtigstellung des Grundbuchs: § 894 A 2 a. E.

§ 898

Die in den §§ 894 bis 896 bestimmten Ansprüche unterliegen nicht der Verjährung [1]).

E II 813; P 3 102 ff.; 4 589.

1. Die **Unverjährbarkeit** ist für die (formellen) **Ansprüche des Berichtigungsberechtigten aus §§ 894—896** deswegen bestimmt, weil das dingliche Recht selbst nach dem BGB nicht durch Verjährung untergehen kann (§ 901 A 2, § 902 A 1) und weil nach § 902 Abs 1 Satz 1, Abs 2 auch der (materielle) dingliche Hauptanspruch aus dem Recht auf Herstellung des diesem entsprechenden Zustandes (§ 901 A 3) regelmäßig nicht verjährt, wenn das Recht eingetragen oder ein Widerspruch zu seinen Gunsten im Grundbuch vermerkt ist (Prot 3, 107; 4, 589). Ausnahmefälle finden sich im § 902 Abs 1 Satz 2 und in den §§ 1028, 1090 Abs 2. Weiterhin können das Eigentum und die im § 900 Abs 2 bezeichneten Rechte nach § 900 durch Tabularersitzung erworben und damit die entsprechenden Rechte der wahren Berechtigten zum Erlöschen gebracht werden. Ferner erlöschen Rechte an fremden Grundstücken in den Fällen der §§ 901, 1028, 1090 Abs 2 durch Verjährung des Hauptanspruchs. Soweit danach das nicht eingetragene (wahre) Recht erloschen ist, hat nunmehr das Grundbuch einen richtigen und vollständigen Inhalt. Daher ist ein Berichtigungsanspruch (insbesondere gegenüber dem eingetragenen ursprünglich nicht wirklichen Rechte) nicht mehr gegeben, so daß eine Unverjährbarkeit des Anspruchs überhaupt nicht in Frage kommt (str.; § 901 A 3). Der Hauptanspruch aus nicht eingetragenem (wahren) Eigentum (z. B. gegenüber dem Besitzer des Grundstücks) kann allerdings verjähren, ohne daß das Eigentum erlischt (§ 902 A 1). Dann ist fortdauernd ein Berichtigungsanspruch (z. B. gegen den nicht besitzenden, zwar eingetragenen, aber nicht wirklichen Eigentümer) gegeben, der einer Verjährung nicht unterliegt (str.).

§ 899

In den Fällen des § 894 kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs [1]) eingetragen werden [2]).

Die Eintragung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund einer Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Rechtes des Widersprechenden glaubhaft gemacht wird [3]).

E I 844, 845 II 814; M 3 237 ff., 242 ff.; P 3 107 ff., 116; 6 222 f.

1. Während § 899 Abs 1 bestimmt, daß die Eintragung eines **Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs in den Fällen des § 894** zulässig sei, gibt das BGB weder hier noch sonst eine allgemeine Bestimmung über **das Wesen und die Wirkungen eines Widerspruchs.** Nur in Einzelbestimmungen (§§ 892 Abs 1 Satz 1, 900 Abs 1 Satz 3, 902 Abs 2, 927 Abs 3) ist vorgeschrieben, welche Wirkung es haben soll, wenn bei einem unter § 894 fallenden Tatbestande ein Widerspruch eingetragen ist. Aus diesen einzeln geregelten Wirkungen ergibt sich, daß der Widerspruch zum Schutz eines überhaupt nicht oder nur beschränkt eingetragenen dinglichen Rechts insofern dient, als die dort bezeichneten rechtswirkenden Tatsachen, solange der Widerspruch eingetragen ist, dem wirklich bestehenden oder unbeschränkt bestehenden Recht in dem gleichen Maße unschädlich sein sollen, wie es der Fall wäre, wenn das Recht eingetragen oder ohne Beschränkung eingeschrieben wäre. Danach ist der Widerspruch nicht ein Recht am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht, sondern eine Schutzeintragung für ein dingliches Recht, die während ihrer Dauer in bestimmten Beziehungen mit der Wirkung der Eintragung oder der unbeschränkten Einschreibung des Rechts versehen ist (RG 117, 352). Daher finden auf den Widerspruch die Vorschriften über eingetragene Rechte im allgemeinen keine Anwendung, insbesondere z. B. nicht die Vorschriften über den Rang unter mehreren eingetragenen Rechten (§ 879 A 3). Nur soweit es sich um die vom Gesetz dem Widerspruch beigelegten einzelnen Wirkungen eingetragener Rechte handelt, wird eine entsprechende Anwendung Platz greifen können. Wo ein Schutzbedürfnis im vorbezeichneten Sinne nicht in Frage kommen kann, ist für die Eintragung eines Widerspruchs kein Raum (so z. B. wenn der Bucheigentümer geltend macht, er sei in Wirklichkeit nicht Eigentümer, weil die Auflassung an ihn nichtig sei: KGJ 47, 184; § 894 A 2 Abs 1). — Der Widerspruch ist keine Verfügungs-

beschränkung. Allerdings muß er sich, obwohl er nur das außerhalb des Grundbuchs bestehende dingliche Recht oder die Freiheit des eingetragenen Rechts von einer Beschränkung sichern soll, notwendig immer gegen ein eingetragenes Recht richten. Denn unter der Voraussetzung, daß das durch den Widerspruch gesicherte Recht wirklich besteht oder unbeschränkt besteht, wird von dem Zeitpunkt der Widerspruchseintragung an ein eingetragenes Recht entweder beseitigt oder eingeschränkt. Wird z. B. ein Widerspruch für ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes Eigentum eingetragen oder bei einem eingetragenen begrenzten Recht (z. B. einer Hypothek) ein Widerspruch dahin vermerkt, daß das Recht nicht dem Buchberechtigten, sondern dem Widersprechenden zustehe, oder wird durch den Widerspruch das Recht des Eigentümers darauf geschützt, daß sein Eigentum von einer zwar eingetragenen, aber tatsächlich nicht bestehenden Belastung frei sei, so ist der Widerspruch in den ersten beiden Fällen dahin gerichtet, daß das für den Nichtberechtigten eingetragene Eigentum oder begrenzte Recht insofern beseitigt werden soll, als an Stelle des Nichtberechtigten der wahre Berechtigte treten soll, in dem dritten Falle dahin, daß die nicht bestehende Belastung des Eigentums zur Löschung gebracht werden soll. Eine Beschränkung eingetragener Rechte bewirkt der Widerspruch ferner z. B. dann, wenn ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes begrenztes Recht am Grundstück (z. B. eine zu Unrecht gelöschte Hypothek: § 891 A 6) gesichert werden soll. Denn dadurch wird einerseits das Eigentum belastet, anderseits erleiden, wenn das gesicherte Recht den Vorrang vor anderen bereits eingetragenen begrenzten Rechten haben soll, auch diese eine Schmälerung in ihrer Wertschätzung und Durchführbarkeit. In der rechtlichen Befugnis, über die betroffenen Rechte zu verfügen, werden die eingetragenen Inhaber aber in keiner Weise beschränkt (RG 117, 352; § 892 A 9 a. E.). Eine Wirkung nach dieser Richtung ist dem Widerspruch vom Gesetz nicht beigelegt. Abgesehen von den Wirkungen bei der Tabularersitzung, der Anspruchsverjährung und dem Eigentumserwerb auf Grund eines Ausschlußurteils (§§ 900 Abs 1 Satz 3, 902 Abs 2, 927 Abs 3) hat nach § 892 Abs 1 Satz 1 der Widerspruch vielmehr nur **die Wirkung,** daß im Falle eines seiner Eintragung nachfolgenden (RG 128, 55) rechtsgeschäftlichen Erwerbs an dem betroffenen Recht **das durch den Widerspruch gesicherte Recht,** wenn es wirklich besteht, **als eingetragen gilt** und daher das dem Erwerb entgegenstehende oder ihn beschränkende Recht dem Erwerber gegenüber auch dann wirksam ist, wenn er sein Bestehen nicht gekannt hat (RG 67, 41; 88, 85; 117, 352; RG JW 01, 130[35]; 1926, 65[3]; KGJ 36 A 179: 47, 177; 47, 213; 49, 182; OLG 17, 77). Hat z. B. der Bucheigentümer A, der nicht wahrer Eigentümer ist, eine Hypothek für B bestellt und hat B dann die Hypothek an C abgetreten, so steht ein in der Zwischenzeit zwischen der Hypothekeintragung und der Abtretung eingetragener Widerspruch gegen das Eigentum des A dem Hypothekerwerb des C entgegen, auch wenn er das Nichteigentum des A nicht gekannt hat (RG 129, 127). Anders liegt die Sache indessen, wenn schon B in gutem Glauben an das Eigentum des A die Hypothek rechtswirksam erworben hatte (§ 892 A 2 Abs 3). In der dem Widerspruch durch § 892 beigelegten Wirkung liegt allerdings eine Beschränkung des betroffenen Rechts insofern, als dem Buchinhaber die Möglichkeit genommen ist, darüber rechtsgeschäftlich derartig zu verfügen, daß der Erwerber, der das durch Widerspruch gesicherte Recht nicht kennt, das übertragene Recht rechtsgültig oder unbeschränkt erwirbt. Jedoch enthält dies nur eine Beschränkung der Wirkung der Veräußerung nach einer bestimmten Richtung, also nur eine tatsächliche Verfügungsbeschränkung insofern, als das gesicherte Recht durch die Verfügung nicht beseitigt werden kann. Rechtlich bleibt der Inhaber des betroffenen Rechts nach wie vor zur Verfügung über das Recht befugt. In dieser Beziehung gilt daher dasselbe wie von der Vormerkung. Insbesondere darf das Grundbuchamt bei einem eingetragenen Recht die Eintragung eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs und sonstige Eintragungen auf Grund einer Verfügung des eingetragenen Inhabers, z. B. auch eine Löschung, nicht deshalb ablehnen, weil ein Widerspruch gegen das Recht eingetragen ist (KGJ 26 A 253). Die Verfügung erlangt volle Wirkung, wenn die Widerspruchseintragung in Wegfall kommt (§ 883 A 11). Auch steht dem Inhaber des betroffenen Rechts nach wie vor die Vermutung aus § 891 zur Seite (§ 891 A 4).

Ist hiernach der Widerspruch weder ein Recht noch eine Verfügungsbeschränkung, so ergibt sich als Folge, daß die Eintragung eines Widerspruchs gegen einen Widerspruch nicht zulässig ist (RG 117, 352; RJA 4, 48; KGJ 20 A 217; 21 A 147, 288; 39 A 255; OLG 2, 59; 2, 243). Denn nach § 899 Abs 1 kann nur „in den Fällen des § 894" ein Widerspruch eingetragen werden; § 894 betrifft aber nur die Fälle, in denen „in Ansehung eines Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung" der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht. Es bedarf auch eines solchen zweiten Widerspruchs zum Schutz gegen den ersten Widerspruch nicht. Denn das Gesetz hat dem Widerspruch nicht die Wirkung beigelegt, daß das gesicherte Recht im Falle eines gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs an ihm als eingetragen anzusehen ist, daß es also in diesem Falle als bestehend gilt, auch wenn es tatsächlich nicht besteht. Vielmehr entzieht der Widerspruch nur dem betroffenen Recht die sonst zu seinen Gunsten geltende Fiktion. Der Widerspruch hat also nicht zur Folge, daß das gesicherte Recht bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb (§ 892 Abs 1 Satz 1) oder bei einer Leistung des Verpflichteten an den

tatsächlich nicht berechtigten Widerspruchsbegünstigten (§ 893) unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs steht (RG 117, 352; KGJ 20 A 217; 21 A 288; 26 A 79; OLG 7, 377). Er bewirkt vielmehr nur, daß dem betroffenen Recht nicht mehr dieser Glaube beiwohnt. Wenn daher z. B. das für den (angeblich) Nichtberechtigten eingetragene Recht von dem Widerspruchsberechtigten als sein Recht in Anspruch genommen wird, so wird die Rechtslage eines Dritten, der ebenfalls auf das Recht Anspruch erhebt, gegenüber dem ersten Rechtsbewerber (Prätendenten) durch die Widerspruchseintragung als solche nicht beeinträchtigt. Denn es kommt immer darauf an, ob das gesicherte Recht besteht oder nicht, und es macht keinen Unterschied, ob das gesicherte Recht in der Hand des Widerspruchsberechtigten bleibt oder, sofern dies überhaupt ohne Eintragung möglich ist, inzwischen von einem andern erworben ist. Dasselbe würde z. B. auch dann, wenn für ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes begrenztes Recht am Grundstück (z. B. für eine zu Unrecht gelöschte Hypothek) ein Widerspruch eingetragen wäre, im Verhältnisse zwischen dem Widerspruchsberechtigten und demjenigen gelten, der, falls das gesicherte Recht endgültig eingetragen wäre, wegen seiner Beeinträchtigung durch dieses (angeblich) nicht bestehende Recht (z. B. als nachstehender Hypothekengläubiger wegen der Rangverschlechterung: § 894 A 2) einen Widerspruch gegen das Recht eintragen lassen könnte. Im ersteren Falle muß der Dritte, der sein Recht sichern will, gleichfalls gegen das schon durch den (ersten) Widerspruch betroffene Recht einen Widerspruch eintragen lassen. In beiden Fällen muß es dem Beeinträchtigten überlassen bleiben, die Beseitigung der Widerspruchseintragung wegen Nichtbestehens des durch diese Eintragung gesicherten Rechts im Klagewege herbeizuführen. Die Klage ist zwar keine persönliche, sondern eine dingliche; sie ist aber nicht eine Berichtigungsklage aus § 894. Denn auch wenn die Widerspruchseintragung wegen Nichtbestehens des gesicherten Rechts unrichtig ist, so ist doch das Grundbuch nicht „in Ansehung eines Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung" unrichtig. Vielmehr ist die Klage ebenso wie die Klage auf Beseitigung einer das Eigentum oder ein sonstiges Recht am Grundstück beeinträchtigenden Vormerkung als eine negatorische aufzufassen (§ 883 A 8 „Aufhebung"; § 886 A 2, 3).

Gegen eine Vormerkung ist ein Widerspruch nicht zulässig (§ 883 A 8 „Widerspruch"). Die Vormerkung dient nicht wie der Widerspruch zum Schutz eines dinglichen Rechts, sondern zum Schutz eines persönlichen Anspruchs auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung des Inhalts oder Ranges eines Rechts (§ 883 Abs 1 Satz 1; § 883 A 2, 8). Nimmt also ein anderer als der Vormerkungsbegünstigte die vorgemerkte Forderung (z. B. auf Auflassung oder auf Einräumung einer Hypothek) für sich in Anspruch, so kann von einer Widerspruchseintragung gegen die Vormerkung für den Rechtsbewerber (Prätendenten) schon deshalb keine Rede sein, weil der Widerspruch nur zum Schutz eines dinglichen Rechts am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht dient, das Recht auf einen schuldrechtlichen Anspruch also für den Widerspruch ausscheidet. Aber auch wenn von einem durch die Vormerkungseintragung Beeinträchtigten (z. B. bei der Hypothekvormerkung von dem Eigentümer oder von einem nachstehenden Hypothekengläubiger) geltend gemacht wird, daß der vorgemerkte Anspruch überhaupt nicht bestehe, ist für eine Widerspruchseintragung zugunsten des Beeinträchtigten kein Raum. Denn wenn auch der vorgemerkte Anspruch nicht besteht, so ist doch das Grundbuch nicht, wie nach § 894 erforderlich ist, „in Ansehung eines Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung" unrichtig. Denn die Vormerkung ist weder ein Recht noch eine Verfügungsbeschränkung (§ 883 A 8, 11). Der Beeinträchtigte bedarf auch keines Schutzes durch einen Widerspruch, der verhindert, daß das von ihm betroffene, zwar eingetragene, aber tatsächlich nicht bestehende Recht bei einem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb als bestehend gilt. Denn der Erwerb an einem vorgemerkten Anspruch wird nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt (§ 883 A 8 „öffentlicher Glaube des Grundbuchs"). Selbst wenn ein Dritter den vorgemerkten Anspruch inzwischen erworben hat (§ 894 A 1 Abs 6), kommt es immer darauf an, ob der Anspruch tatsächlich besteht oder nicht. Dem Beeinträchtigten muß es auch hier überlassen bleiben, die Vormerkung wegen Nichtbestehens des vorgemerkten Anspruchs im Wege der negatorischen Klage zur Löschung zu bringen.

Dagegen ist ein Widerspruch gegen eine Verfügungsbeschränkung zulässig (str.; OLG 12, 167; a. M. KGJ 26 A 77). Denn nach § 899 Abs 1 kann ein Widerspruch in allen Fällen des § 894 eingetragen werden. Zu ihnen gehört auch der Fall, daß der Inhalt des Grundbuchs „in Ansehung einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs 1 bezeichneten Art" mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht. Nach § 22 Abs 1 Satz 2 GBO gilt auch die Vorschrift des Abs 1 Satz 1 über die Berichtigung des Grundbuchs „insbesondere für die Eintragung oder Löschung einer Verfügungsbeschränkung". So kann z. B. das (angeblich) bestehende, den Vorerben beschränkende Recht des Nacherben (§ 2113) oder das Recht auf Beseitigung einer (angeblich) nicht bestehenden, einem eingetragenen Recht beigefügten Bedingung durch Widerspruch gesichert werden (§ 892 A 11, 12). Soweit freilich Verfügungsbeschränkungen, wie dies bei behördlichen Veräußerungsverboten des § 136 meistens der Fall ist (§ 892 A 12), auf Ersuchen einer Behörde eingetragen sind, wird eine Berichtigung im Sinne des § 894 BGB und des § 22 GBO

kaum in Frage kommen, da die Eintragung wie die Löschung auf das maßgebende Ersuchen hin erfolgt (§§ 19, 20, 130 ZVG; §§ 106, 113, 114 KO).

Die Eintragung des Widerspruchs hat zur Voraussetzung, daß ein Fall des § 894 vorliegt. Diese Voraussetzung ist erst mit der Vornahme der die Unrichtigkeit des Grundbuchs bewirkenden Eintragung gegeben. Das schließt jedoch nicht aus, daß die Eintragung des Widerspruchs schon vorher beantragt und dann gleichzeitig mit der (unrichtigen) Eintragung der Rechtsänderung vorgenommen wird (OLG 26, 7). Das ist besonders von Bedeutung, wenn dem Widersprechenden kein Rechtsbehelf zur Seite steht, die (unrichtige) Eintragung der Rechtsänderung zu verhindern (OLG 26, 6). **Hat an dem** (angeblich) nicht bestehenden **eingetragenen Recht bereits ein rechtsgeschäftlicher Erwerb stattgefunden,** so daß das Recht nunmehr zugunsten des gutgläubigen Erwerbers gemäß § 892 Abs 1 Satz 1 als bestehend gilt, so fragt es sich, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die Eintragung eines Widerspruchs noch zulässig ist. Ist das Recht auf den Erwerber vollständig übertragen (z. B. das Eigentum an einer auf dem Grundbuchblatt irrtümlich eingetragenen Parzelle oder eine Hypothek), so kann der Widerspruch nur gegen den Erwerber eingetragen werden, gleichviel ob das zu sichernde Recht ebenfalls jenes Recht im vollen Umfange begreift oder nur auf eine Belastung des Rechts (z. B. auf Belastung des Eigentums durch eine zu Unrecht gelöschte Hypothek oder auf Belastung einer Hypothek durch Pfandrecht) gerichtet ist. Denn der Erwerber ist der gegenwärtige eingetragene Inhaber des Rechts; nur er wird im Sinne des § 894 nach dem Inhalt des Grundbuchs von der mit dem Widerspruch verfolgten Berichtigung des Grundbuchs betroffen. Die Möglichkeit, daß künftig etwa der frühere Inhaber das Recht zurückerlangt oder sonst die Berechtigung des Erwerbers fortfällt, muß für die Frage, ob und wie gegenwärtig ein Widerspruch eingetragen werden kann, außer Betracht bleiben (vgl. jedoch **RG** 65, 101; RJA 6, 243; 11, 131). Zu einer solchen Widerspruchseintragung kann aber der zu Schützende, falls der Erwerber nicht freiwillig die Eintragung bewilligt, nach § 899 nur gelangen, wenn er zur Begründung seines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung glaubhaft macht (A 3; wenn er ein vollstreckbares Urteil gemäß § 895 ZPO erlangen will, müßte er beweisen), daß sein Recht bestand und noch besteht, daß das Recht des früher Eingetragenen dagegen nicht bestand oder belastet war und daß endlich der Erwerber zur Zeit des Erwerbs davon Kenntnis hatte (RJA 6, 244; 7, 73; 11, 131). Hat der Erwerb nur eine Belastung des Rechts zum Gegenstand und begreift das zu sichernde Recht jenes Recht in vollem Umfange (will z. B. der zu Schützende der wahre Eigentümer gegenüber dem eine Hypothek für den Erwerber bestellenden Nichteigentümer sein), oder soll das zu sichernde Recht von jenem Recht frei sein (macht z. B. der zu schützende Eigentümer die Nichtigkeit der Hypothek geltend, an der dem Erwerber ein Pfandrecht bestellt ist), so kann zunächst gegen den noch eingetragenen Inhaber jenes Rechts ein Widerspruch lediglich unter Glaubhaftmachung des Nichtbestehens des eingetragenen Rechts zur Eintragung gebracht werden. Soll aber das zu sichernde Recht auch gegenüber dem Erwerber des belastenden Rechts geschützt sein, so muß auch gegen diesen eine Widerspruchseintragung veranlaßt werden, und zwar unter Glaubhaftmachung auch der den Erwerb beeinträchtigenden Kenntnis des Erwerbers.

Da die Wirkung des Widerspruchs, abgesehen von §§ 900, 902, 927, sich darin erschöpft, daß der rechtsgeschäftliche Erwerber des betroffenen Rechts ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben das entgegenstehende oder beschränkende gesicherte Recht, sofern es wirklich besteht, gegen sich gelten lassen muß (**RG** 117, 352), so ist der Widerspruch als solcher nur von Bedeutung auf der einen Seite für den eingetragenen Inhaber des betroffenen Rechts, der durch eine Verfügung über sein Recht das gesicherte Recht nicht beseitigen oder einschränken kann, und für den Erwerber des betroffenen Rechts, auf der andern Seite für den Inhaber des gesicherten Rechts. **Im übrigen erfährt das gesicherte Recht durch die Widerspruchseintragung keine Verstärkung oder Erweiterung.** Auch dadurch, daß dem Erwerber des betroffenen Rechts das gesicherte Recht bekannt ist, verbessert sich die Rechtslage des Widerspruchsgeschützten nicht (KGJ 26 A 253). **Andere als der Geschützte erlangen** durch die Widerspruchseintragung **keinerlei Rechte oder Sicherungen.** Hieraus folgt: Der Geschützte muß im Falle des Bestreitens sein Recht nach wie vor beweisen. Er gilt nicht als der eingetragene Berechtigte, der z. B., wenn das gesicherte Recht das Eigentum betrifft, zur Auflassung legitimiert ist oder zur Löschung von Hypotheken nach § 27 GBO seine Zustimmung zu erteilen hat (KGJ 26 A 250). Auf den für den Geschützten eingetragenen Widerspruch können sich andere eingetragene oder nicht eingetragene Realberechtigte auch dann nicht berufen, wenn ihnen selbst ein dem betroffenen Recht entgegenstehendes oder es einschränkendes Recht zusteht (str.). Vielmehr müssen sie, wenn sie gegen einen rechtsgeschäftlichen Erwerb geschützt sein wollen, wegen ihres eigenen Rechts einen besonderen Widerspruch zur Eintragung bringen. So ist z. B. der Eigentümer, der wegen unrechtmäßiger Belastung seines Eigentums durch eine nicht bestehende Hypothek einen Widerspruch gegen diese hat eintragen lassen, nur für seine Person geschützt. Nachstehende Hypothekengläubiger müssen wegen ihrer Rangverschlechterung einen besonderen Widerspruch für ihr Recht auf Beseitigung der sie beeinträchtigenden Hypothek eintragen lassen, wenn sie gegen einen rechtsgeschäftlichen Erwerb geschützt sein wollen. Immerhin wird aus der Tatsache, daß bei dem be-

troffenen Recht ein Widerspruch zugunsten eines von mehreren Beeinträchtigten eingetragen ist, unter Umständen ein Beweis dafür zu entnehmen sein, daß der Erwerber des betroffenen Rechts das Nichtbestehen des Rechts gekannt hat. Insofern kann daher der Widerspruch auch für die anderen Beeinträchtigten von Bedeutung sein. Das durch den Widerspruch gewährte Schutzrecht kann für sich allein weder an einen andern übertragen noch für einen andern gepfändet werden. Es ist nur zugleich mit dem zugrunde liegenden dinglichen Recht übertragbar und pfändbar, da es mit diesem in unlöslichem Zusammenhang steht (KGJ 47, 177).

Hat **nach Eintragung des Widerspruchs ein anderer** als der eingetragene Inhaber durch Rechtsgeschäft oder auf anderem Wege (§ 892 A 4) **das betroffene Recht** oder ein Recht daran **erworben**, so kann der Widerspruchsberechtigte unter Nachweis seines Rechts die Herstellung des seinem Recht entsprechenden Inhalts von dem Passivbeteiligten verlangen. Je nach Lage des Falles kann er also begehren: die Beseitigung des Rechts aus dem Grundbuch entweder nur von dem gegenwärtigen Inhaber (z. B. der nachstehende Hypothekengläubiger Beseitigung einer nicht bestehenden Hypothek von deren Erwerber) oder auch von dem ursprünglichen Inhaber und von dem Erwerber einer Belastung an dem Recht (z. B. der Eigentümer die Beseitigung einer nicht bestehenden Hypothek von dem Gläubiger und von dem Erwerber eines Pfandrechts daran). Bei anderer Sachlage kann er verlangen: die endgültige unbeschränkte Eintragung seines Rechts entweder nur von dem gegenwärtigen Inhaber des betroffenen Rechts (z. B. derjenige, dem in Wirklichkeit eine für einen andern eingetragene Hypothek zusteht, seine Eintragung als Gläubiger von dem Erwerber der Hypothek) oder auch von dem ursprünglichen Inhaber und von dem Erwerber einer Belastung an dem Recht (z. B. der wahre Eigentümer von dem Bucheigentümer und von dem, der vom Bucheigentümer eine Hypothek bestellt erhalten hat, die Eintragung seines Eigentums frei von der Hypothek, oder derjenige, dessen Hypothek zu Unrecht gelöscht ist, von dem Eigentümer und von dem Gläubiger einer nachher eingetragenen Hypothek die Eintragung der Hypothek mit dem Range vor letzterer Hypothek). Ist zur Zeit des Erwerbs von dem Widerspruchsberechtigten wegen seines Rechts bereits die Klage gegen den Inhaber des betroffenen Rechts erhoben, so kommen die Vorschriften der §§ 265, 266, 325 ZPO über die Wirkungen der Rechtshängigkeit gegenüber dem Erwerber zur Anwendung (**RG** 79, 165). Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Widerspruchsverpflichteten wird das gesicherte Recht des Widerspruchsberechtigten, sofern es besteht, gemäß § 43 KO nicht berührt. Im Falle der Zwangsversteigerung ist das durch Widerspruch gesicherte Recht nach § 48 ZVG bei der Feststellung des geringsten Gebots wie ein eingetragenes Recht zu berücksichtigen. Ein zu Unrecht gelöschtes Recht ist also auch mit dem bisherigen Range anzusetzen, soweit nicht ein in der Zwischenzeit bis zur Eintragung des Widerspruchs erfolgter gutgläubiger Rechtserwerb Dritter entgegensteht (KGJ 47, 214). Auch sonst hat hier der Widerspruch die gleichen Wirkungen wie eine Vormerkung (§ 883 A 12). Insbesondere hindert der Widerspruch für sich allein nicht die Zwangsversteigerung, auch wenn er das Eigentum des zur Zwangsversteigerung stehenden Grundstücks betrifft. Eine solche Wirkung ist ihm, der auch einen rechtsgeschäftlichen Erwerb des betroffenen Rechts nicht hindert, vom Gesetz nicht beigelegt. Ein „aus dem Grundbuch ersichtliches Recht, das der Zwangsversteigerung entgegensteht" (§ 28 ZVG), ist der auf das Eigentum gerichtete Widerspruch als solcher nicht. Er ist weder selbst ein eingetragenes Recht, noch ist durch das Gesetz bestimmt, daß kraft der Widerspruchseintragung ein nicht eingetragenes Eigentumsrecht mit der Wirkung als eingetragen gelten soll, daß es der Zwangsversteigerung entgegensteht (str.). Der Widerspruchsberechtigte kann also nur auf Grund des gesicherten Rechts, wenn es wirklich besteht, nicht auf Grund des Widerspruchs als solchen, gemäß §§ 771 ff. ZPO die Aufhebung der Zwangsversteigerung herbeiführen. Der Widerspruch ist hier nur insofern von Bedeutung, als daraus zu entnehmen ist, ob das geschützte Recht dem betreibenden Gläubiger vorgeht oder ihm nachsteht. Denn nur wenn ersteres der Fall ist, kann der Widerspruchsbegünstigte wegen seines Rechts die Klage aus §§ 771 ff. ZPO mit Erfolg erheben.

Eine **Übertragung des gesicherten Rechts** kommt nur in Frage bei solchen Rechten, die zur Eintragung gelangen sollen, nicht bei solchen, die nur auf Beseitigung eines eingetragenen Rechts gerichtet sind. Auf die Form und die Voraussetzungen dieser Übertragung hat die Widerspruchseintragung keinen Einfluß. Da nach § 873 zur Übertragung eines Rechts am Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Recht außer der Einigung (im Falle der Eigentumsübertragung gemäß § 925 Auflassung) regelmäßig die Eintragung erforderlich ist (über die Pfändung §§ 830, 857 ZPO), wird eine Übertragung in der Regel erst nach oder gleichzeitig mit der endgültigen Eintragung des Rechts möglich sein. Über Abtretung und Pfändung des Berichtigungsanspruchs vgl. § 894 A 2, über deren Erstreckung auf den für das geschützte Recht eingetragenen Widerspruch KGJ 36 A 178; OLG 2, 153. Die **endgültige Eintragung** eines gesicherten Rechts, das auf Eintragung gerichtet ist, oder die endgültige Löschung des eingetragenen Rechts, dessen Beseitigung das gesicherte Recht zum Ziele hat, erfolgt auf Grund der freiwillig erklärten oder gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzten Bewilligung des durch die Widerspruchseintragung Betroffenen. Hat das gesicherte Recht das Eigentum zum Gegenstand, so bedarf es

einer Auflassung nicht. Denn es handelt sich hier nicht um eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums, sondern um die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des wahren Eigentümers. Ist das Recht auf Eintragung einer Belastung des Grundstücks gesichert, so erfolgt die endgültige Eintragung mit dem Range, der sich aus dem Zeitpunkt seiner Entstehung ergibt, sofern es ein Recht ist, das noch nicht eingetragen war und zur Entstehung der Eintragung auch nicht bedurfte. Das gilt selbst dann, wenn vor der Eintragung des Widerspruchs ein Rechtserwerb im guten Glauben stattgefunden hat (§ 879 A 3). War das Recht dagegen eintragungsbedürftig und eingetragen, ist es demnächst aber zu Unrecht gelöscht worden, so behält es an sich zwar auch seinen früheren Rang; doch gehen ihm nach seiner Wiedereintragung diejenigen Rechte am Grundstück, die inzwischen durch Übertragung oder Neubelastung gutgläubig erworben sind, im Range vor, soweit es nicht durch einen Widerspruch (gegenüber dem Eigentum oder gegenüber früheren Belastungen) gegen diesen Erwerb geschützt ist.

Zur Sicherung des gegen ein eingetragenes Recht sich richtenden Anfechtungsanspruchs aus dem Anfechtungsgesetz oder aus §§ 29ff. KO kann ein Widerspruch nicht eingetragen werden, da der Anspruch auf Rückgewähr kein dingliches Recht ist (**RG** 67, 41; § 883 A 2). Über die Zulässigkeit eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit: des Schiffsregisters, wenn ein Pfandrecht mit Unrecht gelöscht ist: § 1263 Abs 2; einer Hypothekeintragung auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden: §§ 1138, 1139, 1157; einer Briefhypothek, als deren eingetragener Gläubiger der gemäß § 1155 ausgewiesene Besitzer des Briefs gilt: § 1155. — Nach § 16 Abs 2 AufwG ist, wenn eine gelöschte Hypothek nach §§ 14, 15, 20 kraft Vorbehalts oder Rückwirkung aufzuwerten und in Höhe des Aufwertungsbetrags wiedereinzutragen ist, der Anspruch auf Wiedereintragung auf Antrag des Gläubigers durch Eintragung eines Widerspruchs zu sichern. Der Widerspruch soll dem Gläubiger ein Sicherungsmittel geben, das sein noch nicht wiedereingetragenes Recht gegen etwaige Schädigungen durch gutgläubigen Rechtserwerb schützt. Streitig ist, inwieweit die Fragen, ob die Voraussetzungen für die Wiedereintragung nach §§ 14, 15 gegeben sind und ob ein gutgläubiger Zwischenerwerb der Wiedereintragung entgegensteht, schon vom Grundbuchamt bei der Eintragung des Widerspruchs zu prüfen oder erst im ordentlichen Aufwertungsverfahren zu entscheiden sind (§ 894 A 5 a. E.; JW 1926, 182[6]). Über den Fall der Anordnung der Eintragung eines Widerspruchs durch einstweilige Verfügung vgl. in dieser Hinsicht A 3. Entsprechendes gilt für die Eintragung eines Widerspruchs zur Sicherung des Aufwertungsanspruchs des früheren Gläubigers einer abgetretenen Hypothek nach §§ 17, 16 AufwG. Dieser frühere Gläubiger gilt als nicht eingetragen und kann seines Anspruchs verlustig gehen, wenn das Grundstück an einen gutgläubigen Erwerber veräußert wird (JFG 3, 396). Die Eintragung eines Widerspruchs nach §§ 14, 15 AufwG ist aber erst zulässig, wenn die Hypothek gelöscht ist (JFG 3, 394). Ein bestimmter Aufwertungsbetrag braucht bei der Eintragung des Widerspruchs nicht angegeben zu werden; es genügt ein Hinweis auf § 16 Abs 2 AufwG (JFG 3, 392).

Gegen eine Widerspruchseintragung ist ebenso wie gegen eine Vormerkung eine Beschwerde zulässig, weil sie keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs 2 GBO ist (§ 883 A 8 „Beschwerde"; RJA 4, 48; KGJ 23 A 133; OLG 7, 377; JW 1926, 65[3]).

2. Die **Eintragung des Widerspruchs** erfolgt in Preußen nach Maßgabe des § 14 der AVf v. 20. 11. 99. Der Widerspruch wird vermerkt: in Abt III, wenn er auf Eintragung eines hypothekarischen Rechts geht; in Abt II, wenn er auf Eintragung eines andern begrenzten Rechts oder des Eigentums gerichtet ist; in Spalte „Veränderungen" bei dem betroffenen Recht, wenn er die Aufhebung des Rechts oder einen Gläubigerwechsel zum Gegenstande hat. § 6 Satz 1 GBO (Abschreibung im Falle der Belastung eines Grundstückteils) findet auf Widersprüche ebensowenig Anwendung wie auf Vormerkungen (§ 883 A 9). Bei der Eintragung des Widerspruchs kann nicht zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Rechts auf die Unterlagen (Eintragungsbewilligung, einstweilige Verfügung, vollstreckbares Urteil gemäß § 895 ZPO) Bezug genommen werden (str.). Das Gesetz hat dies zwar für die Eintragung einer Rechtsänderung (§§ 874, 877) und einer Vormerkung (§ 885 Abs 2), aber nicht für die Eintragung eines Widerspruchs gestattet (KGJ 23 A 134; 47, 212). Wo das Gesetz aber eine Bezugnahme nicht ausdrücklich zuläßt, muß der Eintragungsvermerk alles enthalten, woraus das Wesen, der Inhalt und Umfang des Einzutragenden für jeden ersichtlich ist. Da der Widerspruch den Inhaber eines dinglichen Rechts gegenüber einem entgegenstehenden oder beschränkenden eingetragenen Recht sichern soll, muß der Widerspruchsvermerk das geschützte dingliche Recht seinem Rechtsgrunde nach bezeichnen, den Namen des Inhabers angeben und auf das betroffene Recht hinweisen (OLG 4, 322; 8, 109; 9, 342; 10, 80; 12, 166; KGJ 23 A 133; 36 A 180; 45, 231; 47, 212; § 892 A 9). Fehlt es an solchen Angaben im Eintragungsvermerk, ist insbesondere der Widerspruchsberechtigte nicht genannt, so ist die Widerspruchseintragung rechtsunwirksam und im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO inhaltlich unzulässig (KGJ 23 A 133; 45, 231; 45, 256; 47, 212; OLG 45, 204). Das Wort „Widerspruch" braucht in dem Eintragungsvermerk nicht unbedingt enthalten zu sein; auch schadet eine Eintragung an falscher Stelle nicht; ebensowenig die falsche Bezeichnung der Eintragung als Vormerkung. Nur muß immer aus dem Vermerk hervor-

gehen, daß es sich um den Schutz eines bestimmten dinglichen Rechts gegenüber einem eingetragenen Recht handelt (RG 55, 243; JW 08, 275[11]; RJA 11, 131; § 883 A 9). Die Frage, wann eine Widerspruchseintragung als vor einem Erwerb an dem betroffenen Recht bewirkt anzusehen ist, ist in § 892 A 9 behandelt. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Betroffenen hindert eine Widerspruchseintragung nicht. Denn § 14 KO bezieht sich auf den Widerspruch nicht; der Konkursverwalter muß das geschützte dingliche Recht, wenn es besteht, nach § 43 KO auch gegenüber der Konkursmasse gelten lassen. Soll der Widerspruch bei einem verbrieften hypothekarischen Recht eingetragen werden, so ist nach §§ 42 Abs 1 Satz 1, 43 Satz 1, 62 GBO der Brief vorzulegen, sofern nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 42 Abs 1 Satz 2, 43 Satz 2, 54 Abs 2 GBO gegeben ist (RJA 6, 243; 7, 60; KGJ 31 A 371; OLG 2, 59; 2, 243). Wegen des Widerspruchs gegen die Eintragung einer Aufwertungshypothek s. § 1116 A 1. Nach § 1140 Satz 2 steht ein aus dem Brief oder einem Vermerk auf dem Brief hervorgehender Widerspruch einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gleich. Abgesehen hiervon muß der Widerspruch eingetragen sein, wenn er Wirkung haben soll. Ist der Widerspruch gelöscht, sei es auch zu Unrecht, so verliert er jede Kraft, selbst gegenüber demjenigen, der in Kenntnis von der unrechtmäßigen Löschung ein Recht an dem betroffenen Recht durch Rechtsgeschäft erworben hat. Nur die Kenntnis von dem geschützt gewesenen dinglichen Recht selbst schadet nach § 892 Abs 1 Satz 1 dem Erwerber. Da der Widerspruch mit der Löschung erlischt, wird das Grundbuch, auch wenn die Löschung zu Unrecht erfolgt ist, nicht unrichtig im Sinne des § 894. Deshalb kann auch nicht gemäß § 54 Abs 1 Satz 2 GBO ein Widerspruch gegen die unrechtmäßige Löschung des Widerspruchs eingetragen werden (KGJ 49, 181). Damit das Recht wieder geschützt wird, muß der Widerspruch nach Maßgabe des § 899 Abs 2 von neuem eingetragen werden. Vgl. dagegen § 886 A 3 Abs 2 („zu Unrecht gelöschte Vormerkung"), insbesondere auch zu der Frage, welche Bedeutung einem von Amts wegen eingetragenen Widerspruch gegen die zu Unrecht erfolgte Löschung einer Vormerkung beizumessen ist.

3. Wegen der **einstweiligen Verfügung** und der **Eintragungsbewilligung,** auf Grund deren die Widerspruchseintragung erfolgt, gelten die Bemerkungen zur Vormerkung in § 885 A 1, 2. Jedoch hindert der Konkurs über das Vermögen des Verpflichteten nicht, wie bei der Vormerkung (§ 14 KO), die Eintragung eines Widerspruchs (A 2). Die Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) der Gefährdung des zu sichernden Rechts ist zur Erlassung der einstweiligen Verfügung nach § 899 Abs 2 Satz 2 nicht erforderlich. Wohl aber muß nach §§ 936, 920 Abs 2 ZPO das Bestehen des Berichtigungsanspruchs glaubhaft gemacht werden (KGJ 41, 211; 45, 214; 47, 185; 48, 195; JFG 1, 481). Die einstweilige Verfügung ist vom Grundbuchrichter bei der Eintragung des Widerspruchs nicht auf ihre materielle Rechtfertigung nachzuprüfen, sofern sie nicht eine inhaltlich unzulässige Eintragung anordnet (JFG 3, 422). Doch muß die einstweilige Verfügung gegen einen bestimmten Gegner erlassen sein (A 2; OLG 7, 60; 8, 109; 8, 110; KGJ 31 A 371). Werden mehrere Rechte durch die Eintragung des Widerspruchs betroffen, so muß sich die einstweilige Verfügung gegen alle Betroffenen richten (JFG 3, 421). Die Voraussetzungen, unter denen im Falle eines vor der Eintragung des Widerspruchs vollzogenen Erwerbs an dem betroffenen Recht die Erlassung der einstweiligen Verfügung zulässig ist, sind erörtert in A 1 „nach Eintragung des Widerspruchs erworben". Nach § 895 ZPO kann ein Widerspruch auch eingetragen werden auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, wodurch der Inhaber des eingetragenen Rechts, gegen das ein dingliches Recht besteht, zur Bewilligung der dem entgegenstehenden Recht entsprechenden Eintragung oder Löschung verurteilt ist. Auf anderen Grundlagen als den vorbezeichneten kann aber nach dem Wortlaut des § 899 Abs 2 und des § 895 ZPO ein Widerspruch nicht eingetragen werden. Daher auch nicht auf einseitigen Antrag des Gefährdeten, der die Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des eingetragenen Rechts, gegen das der Widerspruch sich richten soll, gemäß § 22 GBO nachweist. Es bedarf hier auch keines Widerspruchs. Denn auf Grund des in dem Nachweise der Unrichtigkeit des Grundbuchs enthaltenen Nachweises des zu schützenden dinglichen Rechts kann die diesem entsprechende Eintragung oder Löschung selbst vollzogen werden (str.; OLG 2, 59). Jedoch ergeben Sonderbestimmungen Ausnahmen von der Regel. Im Falle des § 1139 (Widerspruch gegen eine Darlehnsbuchhypothek wegen fehlender Zahlung des Darlehns) genügt zur Eintragung des Widerspruchs der von dem Eigentümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag. Nach § 54 Abs 1 Satz 1 GBO ist ein Widerspruch von Amts wegen oder gemäß § 71 Abs 2 Satz 2 GBO auf Beschwerde einzutragen, wenn sich ergibt, daß das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine die Unrichtigkeit des Grundbuchs verursachende Eintragung vorgenommen hat. Dieser Widerspruch hat die gleiche Wirkung wie der nach § 899 eingetragene. Der Eintragungsvermerk muß ebenfalls den in A 2 bezeichneten Inhalt haben (KGJ 23 A 133; 47, 184; RJA 6, 245; 7, 73; 11, 131). Voraussetzung für seine Einschreibung ist, daß durch die Eintragung, gegen die er sich richtet, das Grundbuch unrichtig geworden ist und daß die Unrichtigkeit mit der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift im Zusammenhang steht. Ist der Grundbuchbeamte nach dem zur Zeit der Eintragung ihm vorliegenden Tatbestand richtig verfahren, so kann nicht deswegen ein Widerspruch nach § 54 GBO eingetragen werden,

weil der mitgeteilte Tatbestand unrichtig oder unvollständig war und daher das Grundbuch unrichtig geworden ist. Vielmehr muß es bei einem solchen Sachverhalt den Beteiligten überlassen bleiben, nach § 899 BGB die Eintragung eines Widerspruchs herbeizuführen. Anderseits braucht im Bereich des § 54 GBO die Verletzung gesetzlicher Vorschriften nicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Grundbuchbeamten zu beruhen (KGJ 40 A 170; 47, 184). Die Voraussetzung für die Eintragung eines Widerspruchs von Amts wegen, daß das Grundbuchamt durch Vornahme einer Eintragung das Gesetz verletzt hat, ist nicht ohne weiteres dann gegeben, wenn es sich fragt, ob ausländisches Recht verletzt ist. Denn das Grundbuchamt braucht dieses Recht nicht wie inländisches Recht zu kennen. Es ist nur verpflichtet, sich nach Möglichkeit von dem ausländischen Recht Kenntnis zu verschaffen. Nur soweit es diese nach inländischem Recht ihm obliegende Pflicht außer acht läßt, verletzt es das inländische Gesetz und begeht dadurch eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 54 GBO (JFG 7, 250). Von gleicher Wirkung wie die bisher behandelten sind ferner solche Widersprüche, die wegen einer fehlenden Genehmigung zu grundbuchlichen Rechtsakten (s. preuß. GrundverkehrsG in § 925 A 5 a. E.) auf Ersuchen der Genehmigungsbehörde eingetragen werden (OLG 44 S. 167, 169). Weiter sind Widersprucheintragungen von Amts wegen vorgeschrieben oder gestattet in § 18 Abs 2 (wenn bei mehreren gleichzeitigen Eintragungsanträgen einem Antrag ein vorläufiges Hindernis entgegensteht) und in § 76 GBO (Eintragung auf Grund einstweiliger Anordnung des Beschwerdegerichts). Diese Widersprüche haben aber nach ihrem Sinn und Zweck besondere Wirkungen wie auch die Vormerkungen, die nach denselben Vorschriften eingetragen werden (§ 892 A 6). Der nach §§ 23, 24 GBO von Amts wegen vor der Löschung eines zeitlich beschränkten Rechts einzutragende Widerspruch soll nur verhindern, daß das Grundbuch durch Löschung des Rechts unrichtig wird; er ist daher kein Widerspruch im Sinne des § 899. Die von Amts wegen eingetragenen Widersprüche der §§ 18, 76 werden gemäß §§ 18 Abs 2 Satz 2, 76 Abs 2 GBO von Amts wegen gelöscht. Im übrigen erfolgt die Löschung auf freiwillige oder durch Urteil ersetzte (§ 894 ZPO) Bewilligung des Widerspruchsberechtigten oder auf Grund einer vollstreckbaren Entscheidung, wodurch die der Widerspruchseintragung zugrunde liegende einstweilige Verfügung aufgehoben ist (§ 25 GBO). Vgl. auch § 942 Abs 3 ZPO.

§ 900

[1]) Wer als Eigentümer [2]) eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne daß er das Eigentum erlangt hat [3]), erwirbt das Eigentum [4]), wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitze [5]) gehabt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch eingetragen ist [6]).

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn für jemand ein ihm nicht zustehendes anderes Recht im Grundbuch eingetragen ist, das zum Besitze des Grundstücks berechtigt oder dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist [7]). Für den Rang des Rechtes ist die Eintragung maßgebend [8]).

E II 815; P 3 192 ff., 307 f., 384 f., 547 f., 735; 4 588 f.

1. Eine **Ersitzung** gegen den Inhalt des Grundbuchs ist dem BGB unbekannt. Ein Nichteingetragener kann, anders wie bei beweglichen Sachen (§§ 937 ff., 1033 ff.), weder Eigentum noch ein begrenztes dingliches Recht an Grundstücken durch Ersitzung erwerben. Nur einen gewissen Ersatz für die Ersitzung bietet beim Eigentum (nicht auch bei begrenzten dinglichen Rechten), beim Erbbaurecht (VO v. 15. 1. 19 § 11) und bei den anderen dem Grundeigentum gleichgestellten Rechten (§ 903 A 2) der Erwerb auf Grund eines Ausschlußurteils gegen den Eigentümer gemäß § 927. Dagegen ist im § 900 zugunsten desjenigen, der als Berechtigter eingetragen, in Wirklichkeit jedoch nicht Berechtigter ist, die Buchersitzung (Tabularersitzung) des Rechts, und zwar sowohl des Eigentums wie eines der im Abs 2 genannten begrenzten dinglichen Rechte, zugelassen. Für diese Ersitzung gelten keine weiteren Erfordernisse als die im Abs 1 aufgeführten. Insbesondere kommt es auf das Vorhandensein eines Erwerbsakts (Titels) ebensowenig an wie auf guten Glauben. Auch wenn der Erwerber von der Unrechtmäßigkeit seiner Eintragung oder seines Besitzes zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen oder später Kenntnis gehabt hat, ist die Ersitzung nicht ausgeschlossen. Ist das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen (Art 186 EG), so bestimmt sich die Ersitzung nach den bisherigen Gesetzen (Art 189 Abs 1 EG). Die bis zur Anlegung des Grundbuchs vollendete Ersitzung behält ihre Kraft auch dann, wenn der Zeitpunkt der Vollendung erst nach dem Inkrafttreten des BGB eingetreten ist. Von dem Zeitpunkt der Grundbuchanlegung ab kann die noch nicht vollendete

Ersitzung nicht mehr nach den bisherigen Gesetzen fortgesetzt werden. Vielmehr ist die Vollendung gemäß Art 189 Abs 2 nur nach Maßgabe und unter den Voraussetzungen des § 900 und des Art 169 EG möglich (RG Warn 1919 Nr 97). Danach scheiden hier die von § 900 nicht umfaßten begrenzten dinglichen Rechte (A 7) von vornherein aus. Bei den übrigen Rechten müssen in der vorhergehenden Zeit sämtliche Erfordernisse der bisherigen Gesetze (gegebenenfalls auch Titel und guter Glaube), abgesehen von dem Fristablauf, für die Ersitzung vorgelegen haben, und ferner muß der Besitzer bei der Grundbuchanlegung (oder in dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist) als der Berechtigte eingetragen sein oder werden. Dann setzt sich die Ersitzung als Buchersitzung fort, und auf die dreißigjährige Frist des § 900 Abs 1 wird die frühere Besitzzeit angerechnet. Wird aber der Besitzer erst später als Berechtigter eingetragen, so findet eine Fortsetzung der Ersitzung überhaupt nicht statt; vielmehr kann nur eine neue Buchersitzung gemäß § 900 vom Zeitpunkt der Eintragung ab beginnen.

2. Die **Buchersitzung des Eigentümers** gilt entsprechend auch für den eingetragenen Inhaber eines Erbbaurechts (§ 1017, VO v. 15. 1. 19 § 11) oder eines andern Rechts mit Grundstücksnatur (§ 903 A 2). Eine Vormerkung auf Übertragung des Eigentums ist keine Eigentumseintragung.

3. Der Fall, daß der Besitzer trotz der Eintragung **Eigentum nicht erlangt hat,** liegt z. B. vor, wenn die Einigung über die Übertragung des Eigentums an den Besitzer (§§ 873 Abs 1, 925) nichtig (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten) oder anfechtbar und angefochten ist oder wenn der Besitzer auf Grund eines rechtsungültigen Testaments des verstorbenen Eigentümers sich für dessen Erben gehalten hat.

4. Das **Eigentum** wird so **erworben,** wie wenn die Eintragung rechtmäßig erfolgt wäre. Stimmen Eintragung und Besitz in ihrem Umfang nicht überein, so tritt der Eigentumserwerb nur insoweit ein, als beide sich decken. Denn nur in diesem Umfang treffen die beiden Voraussetzungen für den Erwerb zusammen. Das Eigentum des bisherigen Eigentümers ist beseitigt. Sein Eigentumsanspruch ist gemäß §§ 194, 195 verjährt.

5. **Eigenbesitzer** ist, wer das Grundstück als ihm gehörend besitzt (§ 872). Auch mittelbarer Besitz (z. B. durch einen Nießbraucher, Pächter: § 868) genügt (RG Gruch 44, 865).

6. Auf die **Berechnung der dreißigjährigen Frist** finden die §§ 938 ff. Anwendung. Die Frage, ob und mit welcher Wirkung die Ersitzung gehemmt ist, entscheidet sich nach Abs 1 Satz 3 § 900 (Hemmung durch einen gemäß § 899 eingetragenen Widerspruch bis zu dessen Löschung) und §§ 202—207 in Verbindung mit § 939. Für die Frage der Unterbrechung sind die §§ 940, 941 maßgebend. Nach §§ 943, 944 kommt dem Ersitzenden die Ersitzungszeit des Rechtsvorgängers zustatten und, wenn er Erbe eines als Eigentümer Eingetragenen ist, die Ersitzungszeit eines etwaigen Erbschaftsbesitzers (§§ 2018, 2030), gleichviel ob dieser als Eigentümer eingetragen war oder nicht.

7. Als nach Abs 2 **ersitzungsfähige andere Rechte** kommen in Betracht hinsichtlich der Berechtigung zum Besitze des Grundstücks: Nießbrauch (§ 1036 Abs 1), Wohnungsrecht (§§ 1093 Abs 1 Satz 2, 1036) und die in Artt 63, 68 EG bezeichneten Rechte; hinsichtlich des Schutzes der Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften: Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1027, 1029, 1090 Abs 2). Erforderlich ist zur Ersitzung, daß während 30 Jahren in den zuerst genannten Fällen das Grundstück besessen, in den zuletzt aufgeführten Fällen die den Besitz ersetzende (§ 1029) Ausübung der Dienstbarkeiten an dem Grundstück stattgefunden hat. Ob letzteres der Fall gewesen, ist Tatfrage. Die Erfordernisse für den Besitzschutz (Ausübung der Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung: § 1029) kommen hier nicht in Betracht; die auf den Besitzschutz verweisenden Worte in Abs 2 Satz 1 dienen nur zur Bezeichnung der ersitzungsfähigen Rechte (str.). § 938 (Vermutung für den Besitz in der Zwischenzeit vom Anfang bis zum Ende der Frist) findet auch hier Anwendung. Die anderen begrenzten Rechte, wie Vorkaufsrecht, Reallast, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, können nicht ersessen werden.

8. Abs 2 Satz 2 entspricht dem § 879 Abs 2. Der danach maßgebende **Rang** der Eintragung bestimmt sich gemäß § 879 Abs 1. Die Dienstbarkeit (A 7) geht auch allen Rechten im Range vor, die während des dreißigjährigen Zeitraums eingetragen worden sind.

§ 901

Ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuche mit Unrecht gelöscht [1]), so erlischt es [2]), wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer [3]) verjährt ist [4]). Das gleiche gilt, wenn ein kraft Gesetzes entstandenes Recht an einem fremden Grundstücke nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist [5]).

E II 816; P 3 327, 412 f., 620, 738; 4 588.

1. Ein begrenztes dingliches **Recht an einem fremden Grundstück** (für das Eigentum gilt nicht § 901, sondern §§ 900, 927) erlischt noch nicht durch die **unrechtmäßige Löschung.** Dem bisher eingetragenen Berechtigten steht aber eine (widerlegbare) Vermutung für das Nichtbestehen des gelöschten Rechts entgegen (§ 891 Abs 2), und das Bestehen des Rechts trotz der Löschung hat gegenüber dem gutgläubigen Erwerber eines dem gelöschten Recht entgegenstehenden Rechts keine Wirkung (§ 892). Das Nähere hierüber ist gesagt in § 891 A 6.

2. Ausnahmsweise bestimmt § 901, um die Richtigkeit des Grundbuchs herbeizuführen (§ 891 A 6), als rechtliche Folge der Verjährung des dinglichen Anspruchs aus dem dinglichen Recht, daß das **Recht selbst erlischt.** Sonst bewirkt die Verjährung des Anspruchs nach § 222 Abs 1 nicht die Aufhebung des Rechts, sondern gewährt nur eine den Anspruch dauernd ausschließende (rechtszerstörende: § 886 A 2) Einrede. Denn das gegen alle wirkende dingliche Recht geht hinaus über den aus ihm erwachsenen dinglichen Anspruch. Dieser entsteht nur gegen die bestimmte Person, die das Recht beeinträchtigt (§§ 985, 1004). Sein Erlöschen läßt also regelmäßig das Recht selbst unberührt (§ 902 A 1). Eine *fernere Ausnahmebestimmung*, die sogar im Falle der grundbuchlichen Eintragung gilt, geben die §§ 1028, 1090 Abs 2, wonach eine *Grunddienstbarkeit* oder eine *beschränkte persönliche Dienstbarkeit* erlischt, wenn der Anspruch auf Beseitigung einer die Dienstbarkeit beeinträchtigenden Anlage verjährt ist.

3. Der **Anspruch,** dessen Verjährung das Erlöschen des Rechts zur Folge hat, ist der dingliche Anspruch (§ 194 Abs 1) **des Berechtigten gegen den Eigentümer** auf Herstellung des dem Recht entsprechenden Zustandes, also bei Dienstbarkeiten auf Duldung der Benutzung des Grundstücks (§§ 1018, 1027, 1030, 1065, 1090), bei einem Vorkaufsrecht auf Anerkennung der Befugnis zur Ausübung des Rechts (§§ 1094, 1098, 505), bei Reallasten und hypothekarischen Rechten auf Leistungen aus dem Grundstück (§§ 1105, 1107, 1113, 1147, 1191, 1192, 1199, 1200). Der *Anspruch auf Berichtigung* des durch die unrechtmäßige Löschung unrichtig gewordenen *Grundbuchs* (§ 891 A 6) gemäß § 894 verjährt nach § 898 an sich nicht. Ist aber das Recht durch Verjährung des Anspruchs erloschen, so ist das Grundbuch nunmehr richtig; ein Berichtigungsanspruch besteht nicht mehr.

4. Die Erfordernisse für die **Verjährung** des Anspruchs bestimmen sich nach den §§ 194 ff. Die Verjährung beginnt nicht mit der Löschung des Rechts. Denn hieraus entsteht nur ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (A 3), nicht der hier gemeinte, in A 3 bezeichnete Anspruch. Erst von dem Zeitpunkt der Entstehung dieses Anspruchs, also sobald ein dem Recht nicht entsprechender Zustand verursacht ist (z. B. dem Nießbraucher der Besitz vorenthalten, die Ausübung der Grunddienstbarkeit verweigert, bei Reallasten oder hypothekarischen Rechten der Anspruch auf eine Leistung fällig geworden ist), läuft gemäß § 198 die Verjährung. Ist der Anspruch bereits zu einer Zeit entstanden, als das Recht noch eingetragen war, so kann der Lauf der Frist gemäß § 902 erst mit der Löschung des Rechts beginnen. Wird das gelöschte Recht wieder eingetragen, so wird eine in Lauf gesetzte Anspruchsverjährung nicht etwa bloß gehemmt oder unterbrochen (§§ 205, 217), sondern rechtlich völlig bedeutungslos, da nach § 902 Abs 1 Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht verjähren. Sollte späterhin das Recht wiederum zu Unrecht gelöscht werden, so könnte nur eine neue Verjährung beginnen (str.). Wird zugunsten des gelöschten Rechts ein Widerspruch (§ 899) eingetragen, so gilt gemäß § 902 Abs 1, 2 von dem Zeitpunkt der Widerspruchseintragung ab dasselbe, wenn demnächst das Recht entsprechend dem Widerspruch endgültig wieder eingetragen wird. Wenn dagegen der Widerspruch gelöscht wird (z. B. wegen Aufhebung der zugrunde liegenden einstweiligen Verfügung), so ist es auch für die Verjährung so anzusehen, als ob der Widerspruch niemals eingetragen gewesen wäre. Die Verjährung ist also in diesem Falle durch die Widerspruchseintragung weder gehemmt noch unterbrochen worden (str.; § 216 Abs 1). Unter Umständen kann aber bei einer auf Grund einer Bewilligung des Anspruchsverpflichteten erfolgten Widerspruchseintragung in der Bewilligung eine die Verjährung nach § 208 unterbrechende Anerkennung des Anspruchs zu finden sein. Wenn eine derartige Bewilligung vorliegt, wird es indessen wohl kaum zu einer Beseitigung des Widerspruchs kommen.

5. Kraft Gesetzes ohne Eintragung entstandene Rechte an einem fremden Grundstücke, die nach Satz 2, 1 ebenfalls erlöschen, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer (A 3) verjährt ist, sind z. B. der Nießbrauch im Falle des § 1075, die Sicherungshypothek aus § 1287 Satz 2 und aus ZPO § 848 Abs 2 Satz 2 (§ 873 A 2). Vgl. auch Art 114 EG (landesgesetzliche Ablösungsrenten). Rechte, die nicht eintragungsfähig sind (Vorbem 2 vor § 873), gehören nicht hierher. Denn das Gesetz will nur das, was zulässig im Grundbuch eingetragen ist, mit der wirklichen Rechtslage in Einklang bringen (str.). Daher fallen unter § 901 auch nicht die gesetzlichen Überbau- und Notwegrenten, die nach §§ 914, 917 Abs 2 nicht eingetragen werden (str.). Die Eintragung des Rechts und die Eintragung eines Widerspruchs zugunsten des nicht eingetragenen Rechts haben nach § 902 Abs 1, 2 auf eine vorher in Lauf gesetzte Verjährung des Anspruchs aus dem Recht dieselben Wirkungen wie die Wiedereintragung und die Eintragung eines Widerspruchs bei einem zu Unrecht gelöschten Recht (A 4).

§ 902

Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung [1]). Dies gilt nicht für Ansprüche, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind [2]).

Ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, steht einem eingetragenen Rechte gleich [3]).

E I 847 II 817; M 3 250 ff.; P 3 117 f.

1. **Daß Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht der Verjährung unterliegen,** enthält eine Ausnahme von der Regel des § 194, wonach alle Ansprüche auf ein Tun oder Unterlassen, also auch dingliche Ansprüche aus dinglichen Rechten, verjährbar sind. Eine Verjährung des Rechts selbst kommt überhaupt nicht in Frage (vgl. aber HRR 1932 Nr 452, wo für grundbuchlich eingetragene Realgewerbeberechtigungen in Bayern unter Berufung auf Art 74 EG BGB und bayerisches Landesrecht eine Ausnahme gemacht wird). Nach dem BGB unterliegen nur die aus den Rechten erwachsenden Ansprüche, nicht die Rechte selbst der Verjährung. Bei den Schuldverhältnissen erschöpft sich allerdings das Recht in dem Anspruch. Bei ihnen entfällt daher mit dem Anspruch auch das Recht. Dagegen werden die gegenüber allen (absolut) wirkenden, insbesondere die dinglichen, familien- und erbrechtlichen Rechte durch Verjährung der aus ihnen erwachsenen Ansprüche in ihrem Fortbestand nicht berührt (M 1, 291). Nur ausnahmsweise bewirkt in den Fällen der §§ 901, 1028, 1090 Abs 2 die Verjährung des Anspruchs aus begrenzten dinglichen Rechten das Erlöschen der Rechte (§ 901 A 2). Durch § 902 wird auch die Verjährung von Ansprüchen ausgeschlossen, die aus eingetragenen Rechten erwachsen sind (abgesehen von den Ausnahmen des Abs 1 Satz 2). Zu diesen Rechten gehören nicht nur die Rechte an fremden Grundstücken, die **begrenzten dinglichen Rechte** (§ 873 A 6, § 901 A 1), sondern auch das **Eigentum.** Während also z. B. bei beweglichen Sachen das Eigentum fortbestehen, der Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzer (§ 985) dagegen verjährt sein kann, ist dieses Ergebnis bei dem im Grundbuch eingetragenen Eigentum ausgeschlossen, da hier auch der Anspruch nicht verjährt. Daraus folgt aber nicht die Befugnis des Eigentümers, ohne Rücksicht auf geschlossene Verträge den Besitz einseitig zurückzufordern. Hat also der Eigentümer sein Grundstück verkauft und dem Erwerber übergeben, ohne daß es zur Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels gekommen wäre, so kann der Erwerber der Eigentumsklage des Veräußerers auch dann die Einrede des Besitzrechts entgegensetzen, wenn der Auflassungsanspruch aus dem Kaufvertrag bereits verjährt ist (RG 138, 296). Im einzelnen vgl. wegen der aus dem Eigentum erwachsenden Ansprüche §§ 985 ff., wegen der Ansprüche aus begrenzten dinglichen Rechten, soweit sie gegen den Eigentümer gerichtet sind, § 901 A 3 und im übrigen §§ 1017, 1027, 1065, 1090 in Verbindung mit § 1004. Bei der **Hypothek** ist zu unterscheiden zwischen den Ansprüchen aus der Forderung, für die sie bestellt ist, und den Ansprüchen aus dem dinglichen Recht. Jene sind durch § 194 der Verjährung unterworfen; diese sind nach § 902 unverjährbar. Die Hypothekbestellung hindert ebensowenig wie die Bestellung eines Pfandes die Verjährung des Anspruchs aus der Forderung. Erfolgt jedoch die Hypothekbestellung durch den Verpflichteten erst nachträglich, so wird die Verjährung des gesicherten Anspruchs gemäß § 208 unterbrochen. Ist der Anspruch aus der Forderung verjährt, so steht dem Verpflichteten gegenüber einer persönlichen Schuldklage die Einrede aus § 222 Abs 1 zu, während die dingliche Klage aus dem Hypothekenrecht gemäß § 902 nach wie vor unbeschränkt zulässig ist. Die Einrede aus § 222 Abs 1, das Leistungsverweigerungsrecht, steht dem Verpflichteten aber auch gegenüber der persönlichen Schuldklage nur insoweit zu, als der Berechtigte wegen der Forderung aus dem Vermögen des Verpflichteten über das mit der Hypothek belastete Grundstück hinaus Befriedigung suchen will. Denn nach § 223 Abs 1 hindert die Verjährung des Anspruchs aus der durch die Hypothek gesicherten Forderung den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen. Insoweit versagt daher das Leistungsverweigerungsrecht des Verpflichteten aus § 222 Abs 1 (str.). Deshalb kann der Eigentümer auch nicht etwa gemäß § 1169 wegen Verjährung des persönlichen Anspruchs Verzicht auf die Hypothek verlangen. Verkehrshypothek und Sicherungshypothek stehen in allen diesen Beziehungen gleich. Grundschulden und Rentenschulden kommen hier nicht in Betracht, weil sie keine Forderung voraussetzen (§§ 1192, 1199). Nach § 223 Abs 3 findet § 223 Abs 1 bei persönlichen Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen keine Anwendung. Gegenüber diesen Ansprüchen verbleibt es also im Falle ihrer Verjährung bei dem allgemeinen Leistungsverweigerungsrecht aus § 222 Abs 1. Ob die eingetragenen Rechte zur Entstehung der Eintragung bedurften oder außerhalb des Grundbuchs entstanden und durch die Eintragung nur beurkundet sind, ist für die Anwendung des § 902 gleichgültig. Das Gesetz macht hier bei dem Ausschlusse der Verjährung keinen Unterschied zwischen rechtsbegründender (konstitutiver) und nur beurkundender (deklarativer) Eintragung (Vorbem 3c vor § 873) der Rechte. Ein vorgemerkter Anspruch (z. B. auf Übertragung des Eigentums, auf Bestellung einer Hypothek) ist durch die Eintragung der Vormerkung der Verjährung nicht entzogen. Das

gilt aber nicht für einen durch eine Vormerkung aus § 8 des preuß. EigentErwG v. 5. 5. 1872 gesicherten Anspruch (**RG** 30. 5. 1934 V 43/34; a. M. JW 1933, 710[5]). Näheres über die Verjährungsfrist und über die Nichtunterbrechung der Verjährung durch eine Vormerkungseintragung nach BGB findet sich in § 883 A 8 „Verjährung".

Die **Eintragung** kann die Wirkung des Ausschlusses der Anspruchsverjährung nur dann haben, wenn sie **alle wesentlichen Bestandteile des Rechtes** zur Darstellung bringt. Denn andernfalls ist sie nichtig (§ 873 A 10). Deshalb muß der Eintragungsvermerk insbesondere den Berechtigten aufführen. Ist dies geschehen, so ist die Eintragung an sich auch dann wirksam, wenn der als Berechtigter Eingetragene in Wirklichkeit kein Recht hat. Die Ansprüche, die ihm etwa aus dem für ihn eingetragenen Recht trotz der tatsächlichen Nichtberechtigung erwachsen, unterliegen der Verjährung nicht. Das Recht desjenigen, der statt des Eingetragenen als Inhaber des Rechts eingetragen sein sollte, ist aber in diesem Falle nicht eingetragen. Die aus diesem Recht erwachsenden Ansprüche sind keine Ansprüche aus einem eingetragenen Recht. Denn Ansprüche aus eingetragenem Recht sind nur solche, die einem Buchberechtigten aus dem eingetragenen Recht erwachsen. Ansprüche eines mit seinem Recht nicht Eingetragenen sind Ansprüche aus einem nicht eingetragenen Recht. Deshalb unterliegt z. B. ein Anspruch aus dem Eigentum desjenigen, dem zwar, entgegen der Eigentumseintragung für einen andern, das Grundstück eigentümlich gehört, dessen Eigentum aber nicht eingetragen ist, der Verjährung (str.). Unverjährbar ist aber auch in diesem Falle der Berichtigungsanspruch des wahren Eigentümers (§ 898 und A 1 dort). Ist das eingetragene Recht des eingetragenen wirklichen Berechtigten außerhalb des Grundbuchs durch allgemeine Rechtsnachfolge (z. B. Erbschaft: M 3, 254; Prot 3, 117f.) oder im Wege der Sondernachfolge (z. B. Übertragung einer Briefhypothek: § 1154 Abs 1; Übergang einer Hypothek gemäß §§ 1143, 1163, 1164) wirksam übergegangen, ohne daß der Erwerber sich als neuen Inhaber des Rechts hat eintragen lassen, so steht der Erwerber doch mit seinen Ansprüchen unter dem Schutz des § 902 Abs 1 Satz 1. Denn mit dem eingetragenen Recht ist auch die Befugnis zur Geltendmachung der aus ihm entstandenen oder künftig entstehenden Ansprüche auf den Erwerber übergegangen. Die Ansprüche, die dieser geltend macht, sind mithin Ansprüche des eingetragenen Berechtigten aus dem eingetragenen Recht. Sie unterliegen also trotz der Nichteintragung des Erwerbs nicht der Verjährung.

2. Ansprüche auf **Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz** unterliegen nach Abs 1 Satz 2 ausnahmsweise der Verjährung, obwohl das dingliche Recht, aus dem sie erwachsen sind, im Grundbuch eingetragen ist. Solche Ansprüche können sich z. B. ergeben: bei wiederkehrenden Leistungen (rückständige Zinsen einer Hypothek, Leistungen aus einer Reallast, Renten aus einer Rentenschuld usw.) nach §§ 1020—1022, 1090, 1105, 1107, 1115, 1118, 1192, 1200; bei Schadensersatzansprüchen nach §§ 823ff., 904, 989—992, 1057, 1065. Wegen der Verjährungsfristen vgl. §§ 195, 197, 852. Zu den wiederkehrenden Leistungen gehören auch die vereinbarten regelmäßigen als Zuschläge zu den Zinsen erscheinenden Amortisationsbeiträge der Hypothekenforderungen (**RG** 54, 93; RJA 3, 137). Auf das Zinsrecht im ganzen bezieht sich die Vorschrift des § 902 Abs 1 Satz 2 aber nicht; dafür gilt vielmehr Satz 1 (KGJ 42, 254).

3. Nach Abs 2 wird die Verjährung von **Ansprüchen aus nicht eingetragenen Rechten,** die entweder der Eintragung nicht bedürfen und überhaupt noch nie eingetragen waren oder zwar eingetragen gewesen, aber zu Unrecht gelöscht sind (§ 901), durch **Eintragung eines Widerspruchs** (§ 899) zugunsten der nicht eingetragenen Rechte **gehindert.** Zu der Frage, welchen Einfluß die Widerspruchseintragung auf eine vorher in Lauf gesetzte Verjährung des Anspruchs aus dem nicht eingetragenen Recht hat, vgl. § 901 A 4, 5.

Dritter Abschnitt

Eigentum

Erster Titel

Inhalt des Eigentums

§ 903

Der Eigentümer [1]) einer Sache [2]) kann, soweit nicht das Gesetz [3]) oder Rechte Dritter [4]) entgegenstehen [5]), mit der Sache nach Belieben verfahren [6]) und andere von jeder Einwirkung ausschließen [7]).

E I 848 II 818; M 3 262 ff.; P 3 118 ff.

1. § 903 bestimmt nur die Befugnisse des **Eigentümers** (positiv: „nach Belieben verfahren", negativ: „andere von jeder Einwirkung ausschließen"). Das Gesetz gibt aber keine Begriffsbestimmung für das Eigentum. Diese ist dahin zu fassen: Eigentum ist die ausschließliche rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache, nicht Summe einzelner Befugnisse, sondern ein einheitliches Recht, das nicht real geteilt werden kann. Deshalb gibt es kein Ober- und Untereigentum (abgesehen von den durch Artt 59, 62, 63 EG aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über Lehen, Fideikommisse, Stammgüter, Rentengüter, Erbpachtrechte). Beim Wegfall einer Beschränkung des Eigentums tritt Konsolidation zugunsten des Eigentümers ein. Es gibt nach dem BGB nur drei Arten des Eigentums: Alleineigentum, Miteigentum nach Bruchteilen und Eigentum zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft). Eine Doppelseitigkeit (Duplizität) des Eigentums besteht nicht. Insbesondere ist der im Grundbuch zu Unrecht als Eigentümer Eingetragene (Bucheigentümer) zwar formell zur Veräußerung und Belastung des Grundstücks befugt; wirklicher Eigentümer ist er aber nicht. Wegen der nach Art 113 EG weiter bestehenden deutschrechtlichen Gesamthandsgemeinschaft an sog. Zweck- oder Interessentengrundstücken, die in einem agrarrechtlichen Gemeinheitsteilungsverfahren ausgeworfen worden sind, vgl. KGJ 48, 199. — Eine Beschränkung der einen Teil der Rechtsfähigkeit (§ 1) bildenden Eigentumsfähigkeit physischer oder juristischer Personen, insbesondere der Fähigkeit zum Erwerb des Eigentums, kennt das BGB nicht. Wohl aber schließt das **Reichserbhofgesetz** juristische Personen vom Eigentum an Erbhöfen (Vorbem. 1 vor § 873) gänzlich aus und bestimmt ferner, daß ein Erbhof nicht zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft gehören oder sonst im Eigentum mehrerer natürlicher Personen stehen kann (§ 17 des Gesetzes; dazu 1. DurchfVO § 62; 2. DurchfVO §§ 5, 6; 3. DurchfVO §§ 1, 2). Aufrechterhaltene landesgesetzliche Vorschriften in dieser Hinsicht: EG Artt 84 (Religionsgesellschaften; jetzt aber Art 137 Abs 4 RVerf), 68 (juristische Personen), 87 (Religiöse), 88 (Ausländer). Vgl. ferner § 5 Abs 3 HypBankG v. 13. 7. 99, § 54 PrivVUntG v. 12. 5. 01. Erwerb und Verlust des Eigentums an einem Grundstück erfolgen nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch nach Art 186 EG als angelegt anzusehen ist (Art 189 EG). Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehende Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen finden die Bestimmungen des BGB Anwendung (Art 181 Abs 1 EG). Ausnahmen: EG Artt 181 Abs 2 (nicht nach Bruchteilen geteiltes Eigentum mehrerer, Sondereigentum an stehenden Erzeugnissen eines Grundstücks), 182 (Stockwerkseigentum), 183 (Waldgrundstück), 197 (bäuerliches Nutzungsrecht). Die Frage, ob Eigentum zur Zeit des Inkrafttretens des BGB erworben ist, richtet sich nach dem bisherigen Recht (**RG** 47, 115; JW 00 S. 763[40], 777; Gruch 45, 1006).

2. Eigentum gibt es nur an **Sachen** (§ 90), nicht an Rechten oder anderen unkörperlichen Gegenständen, wie Erzeugnissen der geistigen Arbeit. Auch nicht an einer Sachgesamtheit: § 90 A 1. Die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften gelten aber auch für gewisse Rechte, so nach VO v. 15. 1. 19 § 11 für das Erbbaurecht. Hierher gehören ferner nach den gemäß Artt 3, 4, 55, 63, 67, 68, 74 EG in Geltung befindlichen Landesgesetzen zunächst das Erbpachtrecht (mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts) und das Bergrecht. Letzteres ist aber kein Eigentum an bestimmten körperlichen Sachen, sondern der Inbegriff der Berechtigungen, die dem Zweck der bergmännischen Erzeugung dienen. Die Vorschriften der §§ 903 ff. über den Inhalt des Eigentums finden daher auf das Bergrecht keine Anwendung (**RG** 87, 400; Gruch 59, 1059). Bei Gewerkschaften alten Rechtes steht das Bergwerk nicht im Eigentum der Gewerkschaft als solcher, sondern im Eigentum der Gewerken; dieses Eigentum ist kein Gesamthandeigentum, sondern Eigentum nach Bruchteilen (Kuxen): KGJ 52, 209. Weiter sind als eigentumsähnliche Rechte hier zu erwähnen die selbständigen Gerechtigkeiten, wie z. B.: das Apothekerprivilegium (**RG** JW 02, 40[43]; JFG 2, 310 über Umwandlung eines mit einem Grundstück verbundenen Apothekerprivilegs in eine selbständige Gerechtigkeit und Anlegung eines Grundbuchblatts dafür in Preußen); die Fährgerechtigkeit; die Fischereigerechtsame; Schiffsmühlengerechtigkeit; Kohlenabbaugerechtigkeit; Salzabbaugerechtigkeit. — Auch für die übrigen in den Artt 57 ff. EG den Landesgesetzen vorbehaltenen Gebiete des Privatrechts gelten die das Eigentum betreffenden, vom BGB abweichenden landesgesetzlichen Vorschriften, so nach Art 65 EG die Vorschriften über das Eigentum an Privatflüssen, Flußufern, Seen (OLG 26, 11; 26, 12; über den Begriff „See" **RG** 140, 49). Für die dem Gemeingebrauch (z. B. öffentliche Flüsse, Straßen, Meeresufer) oder dem Gottesdienst (z. B. Kirchen) dienenden Sachen und für Begräbnisplätze (SeuffA 86 Nr 97) sind aber nach Art 55 EG in erster Linie die öffentlichrechtlichen Bestimmungen der Landesgesetze maßgebend (§ 90 A 1). Nach dem gemeinen Recht war Privateigentum an öffentlichen Flüssen nicht ausgeschlossen (**RG** 3, 233; 52, 383; 53, 99; 80, 369; Gruch 56, 1178; JW 09, 509[43]; SeuffA 62 Nr 222; OLG 26, 12). Nach § 21 II 14 PrALR standen dagegen die von Natur schiffbaren Ströme ebenso wie die Land- und Heerstraßen, das Ufer des Meeres, die Häfen nicht im Privateigentum, sondern im gemeinen Eigentum des Staates (**RG** 3, 232; 4, 258; 28, 210; 32, 238; 35, 237; 71, 65; KGJ 35 A 246; 42, 176; OLG 40, 30). Der Eigentumserwerb an Aufschüttungen in öffentlichen Flüssen und an deren Ufern nach PrALR ist behandelt in **RG** 28, 209; 71, 66; 131, 60; Gruch 55, 1152; 57, 989;

71, 424. Über die Eigentumsverhältnisse einer in der Nordsee an der ostfriesischen Küste unter der Geltung des PrALR neu entstandenen Insel verhält sich RG 137, 263; über den Eigentumserwerb am verlassenen Bett öffentlicher Flüsse durch den preußischen Staat RG 80, 123; über den Einfluß provinzieller Auenrechte (Aue ist das nicht zu Sondereigentum der Einwohner gewordene Dorfgebiet) auf das Eigentum an Flüssen OLG 40, 30; KGJ 45, 207. Jetzt steht gemäß §§ 7, 8 PrWassG v. 7. 4. 13 das Eigentum an den Wasserläufen erster Ordnung dem Staat, an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung den Eigentümern der Ufergrundstücke anteilig zu. Das Eigentum des preußischen Staates ist ein privatrechtliches Eigentum im Sinne des BGB. Es ist mit dem Inkrafttreten des Wassergesetzes entstanden, mag auch das Recht des Staates an dem Strom zuvor eine andere Rechtsnatur gehabt haben, insbesondere gemeines Eigentum gewesen sein (RG 94, 35). Nach §§ 12, 17, 140, 162 des PrWassG fällt das Eigentum an Anlandungen, die von selbst oder durch Unterhaltungs- oder Ausbauarbeiten am Ufer eines Wasserlaufs sich gebildet haben, den Eigentümern der an den Wasserlauf angrenzenden Grundstücke zu (RG 87, 26). Nach § 17 wird der Eigentümer einer im Fluß gelegenen Insel auch Eigentümer einer Anlandung, die durch allmähliche Anspülung entsteht (RG 137, 263). Nach gemeinem und rheinisch-französischem Recht gehörten Anlandungen bis zu der Linie, welche der Fluß bei seinem höchsten normalen Wasserstand erreicht, nach dem PrALR bis zur Linie des mittleren Wasserstandes zum Flußbett. Solche Anlandungen waren daher bei öffentlichen Flüssen früher dem Privatrecht entzogene, dem gemeinen Gebrauch dienende Sachen (RG 87, 27). Das durch künstliche Anschüttungen am Ufer entstandene Land gehört nach dem PrWassG nicht den Angrenzern, sondern dem Eigentümer des Wasserlaufs (RG 87, 30). Durch das Pr QuellenschutzG v. 14. 5. 08 sind den Eigentümern von Grundstücken, die in den festzusetzenden Schutzbezirk einer gemeinnützigen Quelle fallen, gewisse Beschränkungen in der Ausübung der ihnen nach den §§ 903ff. kraft ihres Eigentums zustehenden Rechte auferlegt (RG 90, 280). — Das Eigentum an einer Sache umfaßt auch deren wesentliche Bestandteile (§ 93). Daher gibt es nach dem BGB z. B. kein von dem Eigentum an der Sache getrenntes Eigentum an deren mit dem Boden noch zusammenhängenden Erzeugnissen (§ 94) und kein Stockwerks- oder Kellereigentum (§ 93 A. 6, 7).

3. Gesetz ist jede rechtsgültige bestimmende Regel (Norm) des Privat- oder öffentlichen Rechts (Art 2 EG), auch die von einem zuständigen Staatsgliede (staatlichen Organ) erlassene Vorschrift (z. B. Polizeiverordnung: RG JW 08, 142[12]). Die **Beschränkungen,** denen der Eigentümer **in der Ausübung des Eigentums nach Gesetz** unterliegen kann, sind daher teils öffentlich-rechtlicher, teils privatrechtlicher Natur. **Die wichtigste Beschränkung nach öffentlichem Recht** ergibt sich aus dem alles deutsche Recht der Gegenwart und Zukunft beherrschenden **Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz".** Danach kann das Eigentum nicht mehr als eine der freien Willkür des Einzelnen überlassene Angelegenheit, sondern muß rechtsgrundsätzlich als eine sozial gebundene Einrichtung angesehen werden. Die Volksgemeinschaft, die durch ihren Staat dem Einzelnen das Eigentum gewährleistet und schützt, kann und muß fordern, daß der Eigentümer von seinem Recht keinen Gebrauch ohne oder gar gegen die Rücksicht auf das Allgemeinwohl macht, sondern daß er seine Sachherrschaft durchdrungen vom Gefühl der Verantwortung für das Ganze im Geist des allgemeinen Besten ausübt. Anklänge zu einer solchen, von deutsch-rechtlichem Denken beherrschten Eigentumsauffassung finden sich bereits in früheren Gesetzen (vgl. z. B. PrALR Einl. §§ 73, 74; RVerf v. 11. 8. 1919 Art 153 Abs 3). Erst jetzt aber setzt sich dieses Denken praktisch in Gesetzgebung und Rechtsprechung durch. Seine Wirkungen auf die Neugestaltung unseres gesamten öffentlichen und privaten Rechts sind noch nicht abzusehen. Aus älterer Zeit stammende einzelne öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die reichsgesetzlich bestimmt sind, enthalten z. B. die Artt 52—54 EG und die Reichsgesetze vom: 7. 4. 69 § 3 (Rinderpest); 21. 12. 71 §§ 34ff., 44ff. (Grundeigentum in der Umgebung von Festungen; RG 43, 17; Warn 1913 Nr 114, 272); 13. 6. 73 §§ 14 ff. (Kriegsleistungen; RG 89, 221); 13. 2. 75 u. 24. 5. 98 §§ 14, 16 (Naturalleistungen für die bewaffnete Macht); 23. 6. 80 und 1. 5. 94 §§ 57ff. (Viehseuchen); GewO § 51; 28. 10. 71 (Postgesetz; RG 70, 395; 73, 271); 18. 12. 99 § 12 (Telegraphenwege; RG 116, 286; 126, 30); 30. 6. 00 §§ 11ff., 29ff. (Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten); 7. 7. 02 § 11 (Süßstoff); 6. 7. 04 § 6 (Reblaus); 23. 9. 18 § 2 und die spätere Gesetzgebung über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel (RG 105, 252); VO v. 8. 5. 20 (Denkmalsschutz); VO v. 15. 3. 18 (Grundstücksverkehr). Vorbehalte für die Landesgesetzgebung zu Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse enthält das EG in Ansehung: der Enteignung (Art 109; jetzt Art 153 RVerf; RG 79, 69; 109, 319; 111, 130; 112, 98; 116, 268; 118, 26; 129, 148; 131, 125; 133, 124; 134, 254; 135 S. 261, 308; 137 S. 163, 183; 138, 314; 139 S. 177, 284, 285); tatsächlicher Verfügungen (Art 111), z. B. durch Bau-, Straßen-, Forstordnungen, Kulturedikte (RG 53, 384; 61, 322; 67 S. 240, 291; 70 S. 10, 77; 128, 18; 132, 69; 134, 251; 139, 285; Warn 08 Nr 217; JW 07, 62[28]; 08, 142[12]). Auf dem Gebiet des **Privatrechts** enthält das BGB Eigentumsbeschränkungen: für alle, unbewegliche wie bewegliche, Sachen in den §§ 226 (Schikaneverbot; RG 66, 127; Gruch 50, 940), 227ff. (Notwehr, Selbsthilfe), 823ff. (unerlaubte Handlungen), insbesondere 826 (z. B. Bordellbetrieb; RG 50, 227; 57, 239; SeuffA 61 Nr 241), 904 (Notstandsrecht), 962 (Bienenschwarm); für Grundstücke in den §§ 867, 1005 (Aufsuchen und

Wegschaffen von Sachen auf fremden Grundstücken), 905—924 (RJA 10, 74). Ferner sind in EG Artt 115, 117, 119 Vorbehalte für die Landesgesetzgebung enthalten zu Beschränkungen des Eigentümers in rechtlichen Verfügungen (Verbot oder Beschränkung: der Belastung mit gewissen Dienstbarkeiten oder Reallasten; der Belastung über eine bestimmte Wertgrenze hinaus; der Veräußerung, Teilung oder Vereinigung von Grundstücken).

4. **Rechte Dritter, die** den Eigentümer **in der Ausübung des Eigentums beschränken,** sind in erster Linie dingliche Rechte an der Sache (JFG 4, 382). Rechte auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse, die dem Eigentümer in Beziehung auf seine Sache persönliche Verpflichtungen auferlegen, berühren das Eigentumsrecht als solches nicht (RG 55, 165). Wenn jedoch der schuldrechtlich Berechtigte im Besitz der Sache ist (wie z. B. der Mieter, Pächter), wird er gegenüber einem Eigentumsanspruch nach Maßgabe der §§ 986, 1000 geschützt. Hat ein Künstler auf Bestellung ein Kunstwerk geliefert, so kann der Besteller sein Eigentumsrecht an dem Kunstwerk (z. B. Freskogemälde in dem Treppenflur eines Wohnhauses) nur unbeschadet des Urheberrechts des Künstlers ausüben; z. B. darf er ohne Einwilligung des Künstlers nicht Änderungen daran vornehmen (RG 79, 397). In RG 63, 398 wird aber eine Wirkung von Urheberrechten gegenüber rechtmäßigen Eigentümern von Einzelstücken des Werks verneint. Ein Verstoß des Eigentümers gegen eine Polizeiverordnung (z. B. eine Baupolizeiverordnung) berechtigt einen Dritten zur Klage nur dann, wenn die Verordnung einen privatrechtlichen Anspruch auf Einhaltung ihrer Bestimmungen gewährt (RG JW 08, 142[12]). Nach Art 124 EG bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, die das Eigentum zugunsten des Nachbars noch anderen als den im BGB bestimmten Beschränkungen unterwerfen. Diese Vorschriften über sog. Legalservituten (§ 1018 A 9) betreffen hauptsächlich (vgl. für preußisches Recht §§ 118ff. I 8 ALR) die Einhaltung eines Abstandes beim Bauen oder bei Erniedrigungen oder Erhöhungen des Bodens an der Grenze (OLG 26, 13; 26, 14; 26, 17; 26, 21) und das Licht- und Fensterrecht (OLG 26, 14; 26, 15; 29, 333). In Preußen besteht also z. B. das Lichtrecht nach ALR I 8 § 142 fort (RG SeuffA 86 Nr 70; § 907 A 8). Ferner kommen nach Art 65 EG hier die landesgesetzlichen Beschränkungen in der Ausübung des Eigentums an Wasserläufen in Betracht (§ 906 A 5).

5. Aus den Worten **„soweit nicht entgegenstehen"** ergibt sich die Vermutung für die Freiheit des Eigentums. Eine Beschränkung hat derjenige zu beweisen, der sie behauptet, und zwar in dem von ihm behaupteten Umfang. Die Beschränkung geht gerade so weit, als Gesetz oder Rechte Dritter der Ausübung des Eigentums entgegenstehen. Daher ist z. B. eine Stadt als Eigentümerin einer Straße im Gebiet des rheinisch-französischen und des preußischen Rechts durch das Recht der Straßenanlieger nicht an jeder privatwirtschaftlichen Ausnutzung der Straße (z. B. Aufstellung eines Erfrischungszelts) gehindert (RG 62, 87). Anderseits müssen sich z. B. die einer Eisenbahn benachbarten Grundbesitzer wegen der staatlichen Bau- und Betriebserlaubnis alle Einwirkungen gefallen lassen, ohne die der Betrieb nicht ausführbar ist, und alles unterlassen, wodurch die Sicherheit des Bahnverkehrs beeinträchtigt wird (RG V 37/01; wegen ihres Anspruchs auf Ersatz des durch den Betrieb der Eisenbahn verursachten Schadens A 7). Wegen der Rechte der Anlieger an öffentlichen Straßen vgl. im übrigen die in § 1018 A 2 angeführten Urteile.

6. Da **der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren darf,** so ist er grundsätzlich auch nicht schadensersatzpflichtig, wenn er in der rechtmäßigen Ausübung seines Eigentums einem anderen (z. B. durch den Betrieb eines mit Gefahren verbundenen Gewerbes oder durch Niederreißen des die Grenze überschreitenden Teiles eines Nachbarhauses oder durch Errichtung einer den Luftzug von einer Windmühle abhaltenden Anlage oder durch Errichtung einer dem Eigentümer des Nachbargrundstücks Licht und Luft entziehenden Bretterwand) Schaden zufügt (RG 50, 227; 70, 205; 98, 16; JW 09, 161[10]). Über die durch Vertiefungen herbeigeführte Senkung des Grundwassers und Eintrocknung des Brunnens auf dem Nachbargrundstück s. § 909 A 4. Der Eigentümer darf jedoch nicht nach Willkür verfahren, insbesondere nicht seine Befugnisse mißbrauchen und gegen die Gebote der Sittlichkeit verstoßen (Prot 3, 120). Einem solchen Verfahren stehen die §§ 226, 826 entgegen (RG 50, 227; 57, 239; Warn 1910 Nr 335; vgl. jedoch RG 76, 131). Daher ist er z. B. schadensersatzpflichtig, wenn durch einen, sei es auch polizeilich genehmigten, Bordellbetrieb in seinem Hause der Wert der Nachbargrundstücke beeinträchtigt wird (RG 38, 380; 50, 227; 57, 239). Die Befugnis zum Verfahren nach Belieben schließt in sich die besonders in dem Besitzen und Benutzen sich äußernde tatsächliche Herrschaft über die Sache sowie die rechtliche Herrschaft, die namentlich zur Geltung kommt durch die Verfügungsmacht (§§ 928, 959: Aufgeben des Eigentums; §§ 873, 925, 929: Übertragung auf einen anderen; §§ 1012, 1018, 1030: Belastung der Sache).

7. Das Recht auf **Ausschließung anderer von jeder Einwirkung** wird, soweit es sich nicht um eine Einwirkung handelt, die nach §§ 904, 905, 906 oder nach einem andern Gesetz (A 3) oder wegen eines Rechts des Einwirkenden (A 4) zu dulden ist, im allgemeinen durch Klagen auf Unterlassung und Beseitigung der störenden Einwirkungen gemäß § 1004 und in den Sonderfällen der §§ 907, 908 durch Klagen auf Beseitigung des gefahrdrohenden Zustandes geltend gemacht. Im Falle des Verschuldens des Störenden hat der Eigentümer auch Klagen auf Schadensersatz gemäß §§ 823ff. Kann nach besonderen Vorschriften, insbesondere des öffentlichen Rechts, die

Beseitigung einer Einwirkung, die an sich über das nach § 906 zu duldende Maß hinausgeht, nicht verlangt werden (z. B. bei behördlich genehmigten gewerblichen Anlagen: § 26 GewO; bei Beschädigungen durch den Eisenbahnbetrieb; ferner nach Landesrecht, z. B. § 75 Einl z. PrALR), so ist auch ohne Nachweis eines Verschuldens für den verursachten Schaden Ersatz zu leisten (§ 906 A 13; § 907 A 1; § 908 A 7). Die Einwirkung muß, um die Klage auf Unterlassung zu begründen, in sinnlich wahrnehmbarer Weise die Sache selbst ergreifen (RG 50, 228; JW 02 Beil 240). Deshalb kann z. B. auf Unterlassung eines Bordellbetriebs auf dem Nachbargrundstück nicht (gemäß §§ 903, 906, 1004) geklagt werden, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 826 gegeben sind (RG 57, 239). Im übrigen sind die unzulässigen Einwirkungen von Nachbargrundstücken aus in den Anmerkungen zu § 906 behandelt. Liegen bei den Einwirkungen die Voraussetzungen des § 906 (Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung oder Ortsüblichkeit der Benutzung des Nachbargrundstücks) nicht vor, so braucht der Eigentümer die Einwirkungen auch dann nicht zu dulden, wenn die Benutzung des Nachbargrundstücks einem Wohlfahrtszweck dient, es sei denn, daß die Duldungspflicht ihm nach besonderer gesetzlicher Bestimmung obliegt (RG 70, 313; Gruch 58, 1026). Die photographische Aufnahme eines Gebäudes oder der inneren Räume enthält eine zur Abwehr nach §§ 903, 1004 berechtigende Einwirkung, wenn der Eigentümer ein Interesse (z. B. mit Rücksicht auf eigene Veranstaltung von Abbildungen) daran hat, daß die Aufnahme unterbleibt (OLG 20, 402). Über Einwirkungen durch Entziehen von Brunnen- und Grundwasser § 905 A 1, § 906 A 5. Der Eigentümer eines Friedhofs kann, soweit nicht ein Herkommen etwas anderes ergibt, den Angehörigen Verstorbener die Ausschmückung der Grabhügel durch einen ihm nicht genehmen Gärtner verbieten (JW 1924, 2054[18]). Der Eigentümer kann sich gegebenenfalls, namentlich bei Grundstücken, auch durch die Besitzstörungsklage (§§ 858 ff.) gegen unberechtigte Eingriffe schützen.

§ 904

[1a]) **Der Eigentümer [1]) einer Sache [2]) ist nicht berechtigt [3]), die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten [4]), wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr [5]) notwendig [6]) und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist [7]). Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens [8]) verlangen [9]).**

E II 889; P 6 212 ff.

1a. Der § 228 behandelt den Fall, in dem jemand sich gegen eine Sache wendet, durch welche die Gefahr droht, d. h. welche sie erzeugt hat und ohne Abwehrmaßregel fortwirken lassen würde. Der § 904 behandelt dagegen den Fall, in dem sich jemand einer fremden Sache bedient, um einer nicht von ihr ausgehenden Gefahr zu begegnen (RG 88, 213). § 228 läßt die Interessen des Geschädigten hinter die des Bedrohten weit mehr zurücktreten als § 904. Denn im Falle des § 228 nimmt der Schädiger der „drohenden" Sache gegenüber eine Verteidigungsstellung, im Falle des § 904 der nicht drohenden Sache gegenüber eine Angriffsstellung ein (RG 88, 214).

1. Da die im § 904 bestimmte Beschränkung in der Ausübung des Eigentums sich gegen den **Eigentümer** der Sache als solchen richtet, also die Sache selbst ergreift, unterliegt ihr auch der Besitzer sowie derjenige, dem ein anderes Recht an der Sache zusteht (z. B. der Nießbraucher, auf dessen Früchte eingewirkt wird; Prot 6, 216).

2. Unbewegliche oder bewegliche **Sache** (z. B. ein Kabel: RG 113, 301). Bei Einwirkungen auf andere Rechtsgüter findet § 904 keine Anwendung. Bei ihnen hat der Angegriffene das Recht der Notwehr (§ 227).

3. Die **Nichtberechtigung des Eigentümers zum Verbot** der Einwirkung ist eine Ausnahme von der im § 903 aufgestellten Regel der Berechtigung zur Ausschließung jeder Einwirkung (RG 113, 303). Über die Fälle des Notstandes nach § 228 hinaus soll der Eigentümer der Sache unter den im § 904 bestimmten Voraussetzungen zur Duldung der Eingriffe in sein Eigentum verpflichtet sein (RG 75, 83). Daher muß derjenige, der einen solchen Ausnahmefall geltend macht, die Voraussetzungen des § 904 Satz 1 beweisen. Aus der Nichtberechtigung zum Verbot folgt, daß der Eigentümer weder zur Notwehr (§ 227) noch zur Abwehr nach § 859 (gegen verbotene Eigenmacht) berechtigt ist. Im Gegenteil kann er nach § 823 Abs 2 schadensersatzpflichtig werden, wenn er die Einwirkung dennoch verbietet. Der Einwirkende handelt nicht widerrechtlich. Er ist nicht nach § 823 Abs 1 schadensersatzpflichtig, geschweige denn (z. B. wegen Sachbeschädigung) strafbar. Widersetzt sich der Eigentümer, so befindet sich der Einwirkende in der Notwehrlage und kann gemäß § 227 dem rechtswidrigen Angriff mit Gewalt entgegentreten. Ein durch Klage erzwingbares Recht auf die Duldung der Einwirkung steht ihm aber nicht zu (OLG 12, 121).

4. Die **Einwirkung** kann nicht bloß in einem Beschädigen oder Zerstören, wie im Falle des Selbstschutzes gegen fremde Sachen (§ 228), sondern auch in einem Gebrauch der Sache (z. B.

Benutzen eines fremden Pferdes, um einen Arzt zum Schwerkranken zu holen) bestehen (OLG 13, 370).

5. **Gegenwärtige Gefahr** ist ein außergewöhnliches Ereignis, durch das die bestehenden Verhältnisse, mit denen man rechnen muß, derartig verändert werden, daß sofortige Abhilfe notwendig wird (RG 57, 191; SeuffA 62 Nr 13; OLG 12, 121). Eine solche Gefahr wird z. B. bestehen können für einen Luftschiffer, der genötigt ist, Ballast auszuwerfen oder auf einem Grundstück zu landen (OLG 29, 334). Ferner für einen Schiffer, der sein Schiff, um es gegen einen Sturm zu schützen, an dem Schiff eines anderen befestigt (RG 88, 215). Dagegen besteht sie z. B. nicht im Falle: der Verhinderung der Ableitung der Grubenwässer aus einem Bergwerk (RG 57, 191); des Eindringens von Feuchtigkeit bei Ausbesserungsarbeiten an einem Nachbarhause (OLG 12, 121). Gefahr für immaterielle Rechtsgüter, wie Leben, Gesundheit, Freiheit, ist nicht erforderlich. Es genügt auch Gefahr für das Vermögen (z. B. Einreißen eines Gebäudes bei Feuersgefahr; Prot 6, 217). Ferner ist nicht wie im Falle des § 228 erforderlich, daß die Sache, auf die eingewirkt wird, an der Gefährdung beteiligt ist (RG 71, 241; 88, 213; JW 08, 611[137]). Die Gefahr braucht auch nicht dem Einwirkenden selbst zu drohen. Vielmehr kann, wie aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes zu folgern ist, auch eingewirkt werden zugunsten eines Dritten, in dessen Person die Voraussetzungen des § 904 vorliegen (z. B. Benutzung einer fremden Sache zur Rettung eines anderen aus Lebensgefahr: RG Gruch 66, 479; JW 1925, 1535[5]). § 904 findet auch dann Anwendung, wenn die Gefahr durch Verschulden des Einwirkenden oder einer dritten Person herbeigeführt ist. Denn das Gesetz hat keine Einschränkung nach dieser Richtung gemacht (vgl. § 228 Satz 2; SeuffA 62 Nr 13).

6. Die Einwirkung muß objektiv **zur Abwendung der Gefahr notwendig** sein, d. h. es müssen andere genügende Abwehrmittel fehlen (RG Gruch 45, 1009). Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Einwirkung den Erfolg der Abwendung der Gefahr gehabt hat. Durch ein Mißlingen wird die Einwirkung nicht widerrechtlich.

7. Der **drohende Schaden** muß gegenüber dem Schaden des Eigentümers der Sache **unverhältnismäßig groß** sein (RG 71, 241; 88, 213). Dies wird bei Bedrohung des Lebens oder erheblicher Gefährdung der Gesundheit stets der Fall sein (JW 1925, 1535[5]). Wenn es sich um Vermögensschaden handelt, so sind bei der Prüfung der Frage nach der Widerrechtlichkeit der Einwirkung der Nachteil des Einwirkenden und der Schaden des Eigentümers der fremden Sache in zu schätzenden Geldbeträgen gegeneinander abzuwägen (RG JW 08, 611[137]). Ist der drohende Schaden nicht unverhältnismäßig groß, so ist der Eigentümer zur Duldung der Einwirkung nicht verpflichtet (RG 113, 303). Dann findet das in § 903 A 7 Satz 1 und Schlußsatz Bemerkte Anwendung.

8. Der Einwirkende muß, anders als im Falle des § 228, auch dann **Schadensersatz** (§§ 249ff.) leisten, wenn ihn kein Verschulden trifft (RG 58, 132; 60, 345; 75, 81; 113, 302). So z. B. auch der Luftschiffer, welcher Ballast auswirft oder auf einem fremden Grundstück zu landen genötigt ist (OLG 29, 335). Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht ist aber eine Einwirkung im Sinne eines in den Eigentumsbereich eingreifenden Tuns (RG 75, 83). Erfolgt eine Beschädigung unter Umständen, die völlig unabhängig von dem Willen des Verursachers sind, so besteht keine Schadensersatzpflicht (RG 113, 302; OLG 20, 404). War der Einwirkende nicht selbst gefährdet, hat er vielmehr zugunsten eines Dritten eingewirkt, so ist der Dritte schadensersatzpflichtig, wenn der Einwirkende zu ihm in einem Abhängigkeitsverhältnisse stand (§ 855) und auf seine Weisung gehandelt hat (OLG 29, 335; RG 113, 303: Haftung des Reiches für den durch den Führer eines zur Hilfeleistung in Seenot abgeordneten Kriegsschiffs verursachten Schaden). Ist der Einwirkende aber selbständig vorgegangen, so trifft ihn die Schadensersatzpflicht. Er kann dann nur nach den Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff.) oder auf Grund der Bereicherung (§§ 812ff.) von dem Dritten je nach Lage des Falles vollen oder teilweisen Ersatz des Geleisteten verlangen (str.; Prot 6 S. 213, 219). Der Anspruch auf Schadensersatz aus § 904 Satz 2 verjährt nach § 195 in 30 Jahren, nicht etwa nach § 852 in drei Jahren, da keine unerlaubte Handlung vorliegt. Liegt ein Verschulden des Einwirkenden vor, so ist ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung nach § 823 gegeben (RG 88, 215).

9. Art 109 EG hält die **landesgesetzlichen** Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache aufrecht. Vgl. auch § 9 StrandO vom 17. 5. 74 (Rettung aus Seenot).

§ 905

Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks [1]) erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche [2]). Der Eigentümer kann jedoch [3]) Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat [4]).

E I 849 II 819; M 3 263 f.; P 3 120 ff.

1. Aus der nur auf Grundstücke sich beziehenden Bestimmung des Satz 1 in Verbindung mit dem für alle Sachen geltenden § 903 ergibt sich als Regel **das Recht des Eigentümers eines Grundstücks,** mit seinem Grundeigentum innerhalb des bezeichneten Herrschaftsgebiets nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung darauf auszuschließen. Er kann also regelmäßig unbeschränkt: hoch bauen, in die Tiefe gehen, Bodenbestandteile, auch Wasser aus Flüssen und Quellen entnehmen. Ausnahmsweise können sich aber schon nach § 903 aus Gesetz oder Rechten Dritter in dieser Hinsicht Beschränkungen über die besondere Bestimmung des § 905 Satz 2 hinaus ergeben (§ 903 A 3, 4). An gesetzlichen Beschränkungen kommen insoweit für das Grundeigentum namentlich in Betracht: von den in A 3 § 903 angeführten Reichsgesetzen das RayG vom 21. 12. 71 und das TelWG v. 18. 12. 99 (vgl. zur Auslegung des § 6 RG 57, 364; 63, 88 und des § 12 RG 116, 286; 126, 28). An Landesgesetzen sind hier insbesondere wichtig die Vorschriften auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten des Wasserrechts und des Bergrechts (EG Artt 65, 67). Aus der Rechtsprechung darüber sind z. B. zu erwähnen die wasserrechtlichen Entscheidungen über Ableitung von Quellwasser (RG 12, 183; 16, 229; 27, 328; Gruch 42, 1009; Warn 1913 Nr 96, 153; SeuffA 33 Nr 2; 34 Nr 92, 267; 40 Nr 181; 47 Nr 261; 52 Nr 6, 145), Entziehung von Grundwasser (RG Warn 1913 Nr 96; V 100/09; OLG 12, 120), Zuleitung von Regenwasser (OLG 10, 116), Ableitung von Abwässern durch Wassergräben (RG 57, 187). Vgl. jetzt zu alledem weiter PrWassG v. 7. 4. 13 §§ 40ff., 196ff. und für gemeinnützige Quellen PrQuellenschutzG v. 14. 5. 08. Aus der bergrechtlichen Rechtsprechung sind z. B. zu nennen die Urteile über Abgrenzung des Grundeigentums und der Bergwerksberechtigung (RG 28, 152), über die Nichtanwendbarkeit der Vorschriften in §§ 905ff. auf das Bergwerkseigentum nach PrAllgBergG, z. B. bei Einwirkungen von einem benachbarten Bergwerk aus (RG 72, 304; 87, 400), über die Rechtsverhältnisse zwischen Eigentümer und Pächter bei Bergwerkgrundstücken (RG 135, 94; 137, 234). — Zu Einwirkungen, die an sich den §§ 903, 905 zuwiderlaufen, kann aus besonderen Gründen eine Berechtigung bestehen und damit die Eigentumsstörungsklage gemäß § 1004 Abs 2 ausgeschlossen sein. So kann z. B. ein Recht zu solchen Einwirkungen als Dienstbarkeit gemäß §§ 1018, 1090 bestellt sein (RJA 10, 74). Auch kann die Vermietung des Grund und Bodens die Benutzung des Raumes über der Oberfläche (z. B. beim Betrieb einer elektrischen Straßenbahn auf einer gemieteten Straße) mit sich bringen (RG 108, 206). Schließlich kann kraft besonderer Gesetzesbestimmung (z. B. § 912: Überbau) eine Duldungspflicht des Eigentümers bestehen (RG 88, 40). — Über den Schutz des Eigentümers gegen unberechtigte Einwirkungen vgl. § 903 A 8. Der Anspruch auf Unterlassung unterliegt nach § 902 nicht der Verjährung. Das Verbietungsrecht steht nicht bloß dem Eigentümer, sondern auch dem Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigten, soweit ihr Recht durch die Einwirkung beeinträchtigt wird (§ 11 VO v. 15. 1. 19; §§ 1027, 1065, 1090 Abs 2), sowie dem Besitzer des Grundstücks zu. Ob das Eigentum einer Privatperson oder einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (z. B. einer Stadtgemeinde) zusteht, macht keinen Unterschied (RG 42, 208; Warn 1910 Nr 335; SeuffA 54 Nr 918; OLG 18, 121). Ist jedoch das Grundstück dem öffentlichen Gebrauch gewidmet, so können Einwirkungen, die sich innerhalb der Grenzen des bestimmungsmäßigen Gebrauchs halten, vom Eigentümer nicht gehindert werden (RG 42, 208). Dies gilt insbesondere auch von der Straßenfläche einer Stadtgemeinde. Sie steht im Privateigentum der Stadtgemeinde; das Eigentum ist aber beschränkt durch die Zweckbestimmung der Straße, dem Gemeingebrauch zu dienen. Über die Grundsätze, die für diesen Gemeingebrauch gelten, vgl. RG 123 S. 181, 187; 125, 108; 131, 264; 132, 398; JW 1930, 1961[2]. Zu der Straße gehört auch der Luftraum über der Straße, jedoch in den Schranken des § 905 Satz 2. Der Straßenanlieger kann den Gemeingebrauch infolge seines räumlichen Verhältnisses zur Straße in ganz besonderem Maße ausüben. Hält er sich im Rahmen des Gemeingebrauchs, so kann die Stadtgemeinde eine Vergütung von ihm nicht verlangen. Denn der Eigentümer kann für eine ihm obliegende Gestattung keine Vergütung fordern. Ob dies der Fall ist, dafür ist eine polizeiliche Gestattung nicht oder doch nicht allein maßgebend, da sie nur besagt, daß die Anlage dem Verkehr in der Straße und andern dort befindlichen Anlagen nicht hinderlich sei. Es muß vielmehr geprüft werden, ob die Anlage (z. B. ein über den ganzen Bürgersteig hinweg bis zum Fahrdamm in einer Höhe von 4 Metern führendes Schutzdach von einem Hotel aus) auch sonst in Städten gemeingebräuchlich ist. Wenn es sich um eine preußische Stadt handelt, kann auch eine Einrichtung vorliegen, deren Anlage dem Haupteigentümer nach den §§ 78 bis 82 I 8 ALR gestattet ist. Dann muß die Stadtgemeinde als Straßeneigentümerin aus diesem Grunde sich die gesetzlich begründete Einschränkung ihres Eigentums gefallen lassen, ohne die ihr obliegende Duldung von der Zahlung einer Gebühr abhängig machen zu können (RG 132, 398).

2. Fallen Einwirkungen auf den **Raum über der Oberfläche** (Luftraum) oder **den Erdkörper unter der Oberfläche** nicht unter § 905 Satz 2 oder § 906, hat der Einwirkende zu ihrer Vornahme auch keine besondere Berechtigung, so kann der Eigentümer gemäß § 1004 oder im Falle eines Verschuldens gemäß §§ 823ff. (§§ 903 A 7, 906 A 13) einschreiten. Beispielsfälle: lästiges Hinüberwehen der Sandmassen von Sandkippen auf dem Nachbargrundstück (RG 60, 140); lästige Überführung von Sand und Wasser durch eine Feldbahnanlage (OLG 26, 22); Errichtung

von Erkern, Balkonen oder sonstigen Vorbauten, die in den Luftraum über einer der Stadtgemeinde gehörigen Straße hineinragen (RG Warn 1910 Nr 335; Gruch 54, 918; OLG 18, 121; 26, 16), sofern nicht nach landesrechtlichen Vorschriften (z. B. §§ 79ff. I 8 PrALR) oder mit Rücksicht auf den in A 1 a. E. erörterten Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen solche Vorbauten zu dulden sind; nicht lotgerechte Errichtung einer Giebelmauer, die infolgedessen mit Ausbucklungen in den Luftraum über dem Nachbargrundstück hineinragt (RG 88, 40), sofern nicht die Voraussetzungen eines Überbaus nach § 912 vorliegen und daher eine Duldungspflicht besteht; Anlage eines Tunnels unter einem Wohnhause vom Nachbargrundstück aus (RG JW 1912, 869[28]); Verursachung starker Geräusche durch Flugzeuge, die das Grundstück von einem benachbarten Flugplatz aus in geringer Höhe überfliegen (RG 97, 27; Warn 1921 Nr 57); Beschädigung körperlicher Sachen des Eigentümers eines Grundstücks, durch dessen Luftraum die Reichspost in Ausübung ihres Hoheitsrechts (§ 1 Telegr.WegeG; A 1) eine Fernsprechleitung legt, bei Verschulden von Beamten der Postverwaltung (RG 126, 31). Auch an dem Luftraum, der sich über dem im Privateigentum stehenden Bette eines Wasserlaufs befindet, steht dem Eigentümer das Ausschließungsrecht des § 905 zu, z. B. im Falle einer Überdeckung des Wasserlaufs durch einen hinüberreichenden Bau oder der Leitung elektrischer Drähte über den Wasserlauf (RG 92, 48; Warn 1926 Nr 158). Das gilt auch dann, wenn das Wasser (die fließende Welle) öffentlich ist, hier allerdings nur mit den durch den Gemeingebrauch des Wassers und der darüber befindlichen Luft gebotenen Beschränkungen (RG 92, 48). Dasselbe gilt auch von dem über dem Bette innerhalb der Ufer befindlichen Raum, in dem sich das Flußwasser bewegt. In Preußen stellt sich daher jede in diesem Raum durch unbefugte Dritte erfolgende, vom WassG v. 7. 4. 13 nicht besonders zugelassene, den Gemeingebrauch des § 25 an einem im Privateigentum des Staates stehenden (§ 903 A 2) Wasserlauf erster Ordnung überschreitende Betätigung als rechtswidrige Störung des Eigentums dar (RG 53, 99; 94, 35; JW 1914, 87[17]). Eine solche Störung liegt insbesondere auch in der Verletzung des dem Eigentümer nach § 7 PrFischereiG v. 11. 5. 16 zustehenden Fischereirechts durch Ausübung der Fischerei, sofern nicht der Störende ein Gegenrecht nachweist (RG 94, 35). Wenn im Zuge städtischer Straßen oder öffentlicher Wege Brücken über den Wasserlauf führen, so wird dadurch die Verbindung zwischen dem Wasserlauf und dem Luftraum oberhalb der Brücken nicht unterbrochen. Die Brücken stellen sich vielmehr lediglich als ein in den Luftraum eingeschobenes Bauwerk dar, das die Verbindung zwischen der Luftsäule über und unter ihnen und dem Bett des Wasserlaufs weder tatsächlich noch rechtlich aufhebt (RG Warn 1926 Nr 158). — Die nach § 1004 zu verfolgenden Einwirkungen müssen körperlich, sinnlich wahrnehmbar sein und das Eigentumsgebiet selbst ergreifen; auch wird nur die senkrechte Luftsäule über dem Grundeigentum geschützt. Daher wird z. B. von einem Nachbargrundstück aus nicht (im Sinne des § 1004) widerrechtlich eingewirkt durch: Abhaltung von Licht und Luft (RG 51, 254; JW 08, 142[12]) oder des Windes für eine Windmühle (RG JW 09, 161[10]); Betrieb eines mit Feuer- und Explosionsgefahr verbundenen Gewerbes (RG 50, 226); Bordellbetrieb (RG 50, 227; 57, 239); schamverletzende Anblicke aus einem Freibad (RG 76, 130). Vgl. § 906 A 1. Die auf § 905 Satz 1 gestützten Abwehransprüche haben aber nicht zur Voraussetzung, daß die Einwirkungen von einem andern, insbesondere einem benachbarten Grundstück ausgehen. Vielmehr ist nur erforderlich, daß die Einwirkungen, unter denen ein Grundstück leidet, in dem Raum über der Oberfläche oder in dem Erdkörper unter der Oberfläche des Grundstücks selbst vorgenommen werden (RG 97, 27). Deshalb kommt es hier nicht, wie bei den Einwirkungen des § 906 von einem Nachbargrundstück aus, entscheidend darauf an, ob die beeinträchtigte Benutzungsart des betroffenen Grundstücks nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlich ist oder nicht. Freilich können unter Umständen bei Beantwortung der Frage, ob ein schutzwürdiges Interesse des Eigentümers an der Abwehr vorliegt (§ 905 Satz 2), nicht nur allgemeine Verkehrsanschauungen über das, was der Eigentümer sich an Einwirkungen gefallen lassen muß, sondern auch ortsübliche Verhältnisse in Betracht kommen (RG 97, 27). Durch Veränderungen des Erdkörpers, z. B. Umwandlung eines Gewässers in festes Land oder dauernde Überschwemmung, wird an den Eigentumsverhältnissen grundsätzlich nichts geändert (RG 71, 67; § 892 A 6). Dem Eigentümer ist aber ein Schutzrecht nicht nur gegen solche Einwirkungen zuzugestehen, die die Erdoberfläche gefährden, sondern auch gegen solche Einwirkungen, die ihn in der eigenen Benutzung des Luftraums hindern oder beeinträchtigen (z. B. bei Benutzung des Luftraums durch Halten eines Fesselballons). Denn sein Eigentumsrecht erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche. Daher ist der Mieter einer Wohnung nicht berechtigt, eine Lichtreklame oder auf dem Dach des Miethauses eine Hochantenne für Radiorundfunk anzubringen. Sein Mietrecht bezieht sich nicht auf diese Teile des Hauses. Er muß über die Benutzung dieser Hausteile also einen besonderen Vertrag mit dem Eigentümer schließen (RG 116, 93; a. M. OLG 45, 205).

3. Hat der Eigentümer **kein Verbietungsrecht**, so bildet dies, wie sich aus dem **„jedoch"** ergibt, eine Ausnahme von Satz 1, also von dem Grundsatz der unbeschränkten Herrschaft des Eigentümers. Wer Einwirkungen vornimmt, hat daher zu beweisen, daß er nach Satz 2 zu der Einwirkung berechtigt ist, insbesondere, daß der Eigentümer an der Ausschließung kein Interesse hat (RG 59, 120; Warn 1926 Nr 158; OLG 5, 383; 18, 121).

4. Das Verbietungsrecht versagt immer dann, wenn der Eigentümer an der Ausschließung **kein Interesse hat.** Bei der Beantwortung der Frage, ob ein schutzwürdiges Interesse vorliegt oder nicht, können allgemeine Verkehrsanschauungen, unter Umständen auch örtliche Verhältnisse in Betracht kommen (A 2). Daß ein Verbieten wie bei der Schikane (§ 226) nur den Zweck haben könnte, dem Einwirkenden Schaden zuzufügen, ist vom Gesetz nicht erfordert (**RG** 59, 118; OLG 10, 108). Hierher gehören z. B.: Tunnelbauten in großer Tiefe; Hinüberfliegen eines Luftschiffs (**RG** 100, 73; s. jedoch A 2 über starke Geräusche von Flugzeugen, die von einem Flugplatz aus in geringer Höhe hinüberfliegen, und unten wegen Schadensersatzes im Falle des Absturzes); eine wenig in den Luftraum über einer öffentlichen Straße in großer Höhe hineinragende Lichtreklameanlage eines Straßenanliegers (**RG** 123, 181; ähnlich **RG** JW 1930, 1961[20]; anders kann die Rechtslage sich gestalten, wenn die Lichtreklame von einem weit in die Straße hineinragenden, nicht hoch über dem Boden liegenden Vordach von erheblicher Flächenausdehnung ausgeht: **RG** 10. 6. 31 V 54/31). Das Interesse an der Ausschließung der Einwirkung darf nicht außer jeder Beziehung zu der Benutzung des Grundstücks stehen. Deshalb darf z. B. das Verbot des Baus eines Eisenbahntunnels unter dem Grundstück nicht lediglich damit begründet werden, daß der Eigentümer an einem Wettbewerbsunternehmen beteiligt sei (**RG** Warn 1926 Nr 158). Das Interesse braucht aber kein vermögensrechtliches zu sein. Vielmehr genügt jedes des Schutzes würdige Interesse, auch ein Interesse an der Ausschließung solcher Einwirkungen, die dem Eigentümer erst in der Zukunft bei der Ausnutzung seines Eigentums hinderlich werden könnten, sog. Affektionsinteresse (**RG** 59, 117; Gruch 58, 204; OLG 26, 17). Beispielsfälle: erhebliche Beeinträchtigung des Anblicks des freien Himmels über einem Garten durch Hinüberleiten elektrischer Lichtkabel (Prot 3, 122; **RG** 59, 117; OLG 5, 384); elektrische Lichtkabel in geringer Höhe über dem Dach eines Wohnhauses (OLG 10, 107); Hinüberleiten einer Drahtseilbahn (OLG 18, 121); Anbringung von Schaukästen in geringer Höhe über dem Bürgersteige einer Stadtgemeinde (OLG 18, 121); Ausbauchung einer vom Nachbar auf der Grenze errichteten Mauer, auf die § 912 keine Anwendung findet (dort A 4), auch wenn nur eine geringe Gefahr des Einsturzes besteht (OLG 34, 171). Führt über ein Grundstück ein öffentlicher Weg, so ist der Eigentümer des Grundstücks in seinem Eigentumsrecht nur insoweit beschränkt, als dies aus der Widmung des Grundstücks zum öffentlichen Wege folgt und durch den Zweck des Weges, dem öffentlichen Verkehr zu dienen, erfordert wird. Bei einer städtischen Straße erstreckt sich die Duldungspflicht zwar auf die Anlage einer Straßenbeleuchtung, nicht aber auf Überführungen über die Straße, welche die Versorgung privater Abnehmer mit elektrischem Licht und elektrischer Kraft zum Zwecke haben (**RG** Warn 1926 Nr 158). Gehört die Straße einem Kreis und führen von zwei Elektrizitätswerken die Straße überquerende Leitungen, welche der Kreis widerruflich geduldet hat, so kann er die Duldung widerrufen und das Elektrizitätswerk auswählen, dem er die Überquerung der Straße gestatten will, selbst wenn er das Werk wählt, das ihm eine erhebliche Vergütung dafür verspricht. Denn er kann die Freiheit seines Eigentums geltend machen, soweit nicht die Duldungspflicht nach § 905 Satz 2 reicht. Daß er sich für die Benutzung des Luftraums über der Straße von dem einen Werk eine Vergütung versprechen läßt, kann ihm ebensowenig verwehrt werden, wie wenn er zugunsten eigener Leitungen fremde ausschließen wollte (**RG** Warn 1931 Nr 7). Für das Vorhandensein des Interesses ist nicht bloß die gegenwärtige, sondern jede mögliche Art der Benutzung des Grundstücks von Bedeutung. Dabei ist auch die Möglichkeit einer Änderung der Verhältnisse in der Zukunft nicht außer Betracht zu lassen (**RG** 123, 182). Der Eigentümer hat also ein Interesse an der Ausschließung nicht bloß solcher Einwirkungen, die gegenwärtig, sondern auch solcher, die in *Zukunft* der Ausnützung seines Grundstücks hinderlich sein können (**RG** 42, 210; 59, 120). Als Interesse im Sinne des Satzes 2 ist dagegen nicht anzusehen die für den Eigentümer ohne die Schranke im Satz 2 sich ergebende Möglichkeit, sich von dem in großer Höhe oder Tiefe Einwirkenden für die Gestattung der Einwirkung Vorteile auszubedingen. Wollte der Eigentümer sein Interesse an dem Verbot lediglich mit dieser Möglichkeit begründen, so würde er in Wahrheit nicht sein Interesse an der unbeschränkten Ausnutzung seines Eigentums, sondern nur ein Interesse am Nichtbestehen der Einschränkung nach § 905 Satz 2 geltend machen (**RG** 123, 182; Warn 1926 Nr 158; **RG** Gruch 58, 201). Droht dem Grundstück durch Einwirkungen, deren Abwehr dem Eigentümer nach Satz 2 versagt ist, eine nach menschlicher Erfahrung gewöhnlich damit verbundene Gefahr der Schädigung und verwirklicht sich dann die Gefahr, so ist dem Eigentümer (nach § 858 auch dem Besitzer, Mieter; **RG** 59, 326; 100, 75) unter entsprechender Anwendung der Grundsätze, nach denen wegen Einwirkungen aus behördlich genehmigten Betrieben an Stelle des versagten Abwehranspruchs ein Schadensersatzanspruch zu gewähren ist (§ 906 A 13), ein Anspruch auf *Ersatz des zugefügten Schadens* zuzugestehen (so z. B. wenn ein Luftschiff oder Flugzeug, dessen Hinüberfliegen über ein Grundstück nicht abgewehrt werden kann, durch Absturz Schaden verursacht). Dieser Anspruch besteht auch dann, wenn dem Einwirkenden kein Verschulden zur Last zu legen ist (**RG** 100, 74; Warn 1921 Nr 57). Er entfällt nur, soweit der Einwand der höheren Gewalt (z. B. wenn der schädigende Absturz eines Flugzeugs auf Ursachen zurückzuführen ist, die außerhalb der mit dem Luftverkehr verbundenen Gefahren standen) zuzulassen ist (**RG** 100, 75).

§ 906

[1]) **Der Eigentümer** [2]) **eines Grundstücks kann die Zuführung** [3]) **von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen** [4]) **und ähnliche** [5]) **von einem anderen Grundstück ausgehende** [6]) **Einwirkungen** [1]) **insoweit nicht verbieten** [7]), **als** [8]) **die Einwirkung die Benutzung** [9]) **seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt** [10]) **oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist** [11]). **Die Zuführung durch eine besondere Leitung** [12]) **ist unzulässig** [13]).

E I 850 II 820; M 3 264—268; P 3 123—125; 6 225, 226. DS. 186 ff.

1. Nach § 903 in Verbindung mit § 905 würde jede, auch eine unwesentliche Einwirkung auf ein Grundstück und den Raum über dessen Oberfläche unzulässig sein. § 906 schränkt den Grundsatz des § 903 ein, um den Bedürfnissen des Lebens Rechnung zu tragen (RG JW 1910, 941[18]; 1911, 587[33]; 1911, 767[31]). Die Einschränkung bezieht sich auf die **Einwirkung durch Zuführung unwägbarer Stoffe** (sog. Immission von Imponderabilien), d. h. auf Arten der mittelbaren oder unmittelbaren Hinüberwirkung von einem Grundstück auf das andere, die darin bestehen, daß die gewöhnlichen Lebensverrichtungen und die wirtschaftlichen und gewerblichen Vorgänge dem Luftmeer gasförmige oder sonst in der Luft schwebende Körper überliefern, die der Bewegung des Luftmeeres folgen, und daß die menschliche Tätigkeit von naturgesetzlichen Wirkungen begleitet ist, die sich weiter fortpflanzen, wie Erschütterung, Wärme, Geräusch (M 3, 264). Soweit die Voraussetzungen des § 906 nicht vorliegen, ist jede Einwirkung unzulässig (RG 76, 132). Dabei ist nicht erforderlich, daß die schädlichen Einwirkungen menschlicher Tätigkeit ihre Entstehung verdanken. Die Einwirkungen von dem Nachbargrundstück aus können vielmehr auch in Naturereignissen ihre Ursache haben. Nicht notwendige Voraussetzung für die Berechtigung zur Abwehr ist ferner, daß die Einwirkungen lediglich durch Naturgesetze und unbelebte Naturkräfte vermittelt werden. Vielmehr können auch Einwirkungen durch Wachstum der Pflanzen oder tierische Tätigkeit auf dem Nachbargrundstück zur Abwehr berechtigen. Beispielsfälle für diese Grundsätze sind in A 6 aufgeführt. Die Begrenzung der im § 906 gemeinten Einwirkungen ist aus den vom Gesetz angeführten Beispielen und aus dem Wort „ähnliche" zu entnehmen (RG 76, 131). Danach sind unter Einwirkungen zunächst nur sinnlich wahrnehmbare, wenn auch unwägbare Einwirkungen zu verstehen; nicht immaterielle oder ideale (z. B. nicht die Einwirkung durch den Betrieb eines mit Feuer- und Explosionsgefahr verbundenen Gewerbes oder eines Bordells: RG 50, 227; 57, 239). Ferner ist ein stoffliches Hinüberwirken von dem Nachbargrundstück vorausgesetzt. Nach §§ 903, 905 wird aber nur die senkrechte Luftsäule über dem Grundeigentum gegen Eingriffe geschützt (§ 905 A 2). Daher kommen für die Frage der Zulässigkeit nach § 906 von vornherein nicht in Betracht die sog. negativen Einwirkungen, z. B.: Schattenwerfen, Entziehung von Licht, Luft oder Aussicht durch Bauten auf dem Nachbargrundstück (RG 51, 254; 98, 16; JW 08, 142[12]; HRR 1931 Nr 939); Abhaltung des Luftzugs, Behinderung des Windes für eine Windmühle (RG JW 09, 161[10]; Gruch 65, 613); durch ein Gebäude verursachte Windstauungen, Wirbel- und Stoßwinde, welche die Leistung einer Windmühle verringern (RG Gruch 65, 612); das durch das bloße Dasein eines Gebäudes auf einem Nachbargrundstück verursachte Abprallen des Windes und des Regens (RG Gruch 58, 1028); Abführungen, Entziehung von Stoffen (RG Gruch 57, 992; s. A 3). Weiter müssen die Zuführungen entweder auf das Grundstück (sei es auf das ganze, sei es auf Teile desselben: RG Warn 1909 Nr 359; RG 3. 6. 31 V 265/30) und die dort befindlichen Sachen schädigend einwirken oder die auf dem Grundstück sich aufhaltenden Personen derart belästigen, daß ihr gesundheitliches Wohlbefinden gestört oder ein körperliches Unbehagen bei ihnen hervorgerufen wird (RG 76, 131). Daher ist nicht als Einwirkung zu erachten ein Anblick, der durch Vorgänge auf einem Nachbargrundstück dargeboten wird, mag auch dadurch (z. B. schamloses Verhalten badender Personen) das seelische Empfinden der die Vorgänge erblickenden Personen verletzt werden (RG 76, 130). Gegen Einflüsse, die sich nicht als Einwirkungen im vorbezeichneten Sinne darstellen, gewährt das Gesetz, weil sie zu unwesentlich sind oder sich innerhalb des Herrschaftsgebiets (§§ 903, 905) des Nachbareigentümers halten, überhaupt kein Recht der Abwehr, insbesondere nicht das Recht der Klage auf Unterlassung gemäß § 1004 (RG 76, 132). Der Eigentümer muß sie sich auch dann gefallen lassen, wenn sie gegen seinen Willen erfolgt sind (RG 131, 336). Nur wenn in solchen Einflüssen der Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach §§ 823 ff., insbesondere § 826, zu finden ist, kann neben einem Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens ein Anspruch auf Unterlassung künftiger schädigender Handlungen gegeben sein (z. B. im Falle des Betriebs eines Bordells mit dem Bewußtsein der Entwertung eines in der Nähe befindlichen Wohnhauses oder wenn der Nachbar auf seinem Grundstück fortdauernd Vorgänge, die das Schamgefühl verletzen, wissentlich duldet: RG 57, 240; 76, 133). — Das Recht des Nachbars auf Einwirkungen

kann, da zwingende Vorschriften nicht entgegenstehen, durch **Vereinbarung** über § 906 hinaus **erweitert** werden. Eine solche Vereinbarung kann auch stillschweigend (durch schlüssige Handlungen) erfolgen. Z. B. kann in der Veräußerung eines Grundstücksteils zu einem voraussehbar dem Restbesitz nachteiligen Betriebe oder in dem Erwerb eines Teils eines Fabrikgrundstücks die Vereinbarung gefunden werden, daß die mit dem Fabrikbetrieb notwendig verbundenen, wenn auch wesentlichen, beim Erwerb voraussehbaren Beeinträchtigungen von dem anderen Teil geduldet werden sollen (RG 29, 268; 66, 126; JW 95 S. 172[35], 173[37]; 96, 214[59]; 09, 725[20]; SeuffA 58 Nr 142). Die Vereinbarung kann auch mit Wirkung zugunsten der Sondernachfolger des Berechtigten gemäß §§ 328ff. getroffen werden, dagegen nicht mit Wirkung gegen die Sondernachfolger des Verpflichteten. Diese können vielmehr nur durch Bestellung einer Dienstbarkeit (§§ 873, 1018, 1090) gebunden werden (RG 66, 128; JW 09, 725[2]). Weiter kann auf Grund **öffentlichen Rechts** eine Verpflichtung zur Duldung von Einwirkungen über § 906 **hinaus** bestehen oder doch der Rechtsweg auf Unterlassung der Einwirkung ausgeschlossen sein. So z. B. im Falle der Zuführung von Geräuschen durch den Reichspostbetrieb (RG 73, 270) oder durch lärmende Arrestanten auf einer Polizeiwache (RG Warn 08 Nr 380). Vgl. ferner für Preußen: über landespolizeilich genehmigte Betriebsanlagen RG 59, 70; Gruch 44, 981ff.; über Läuten mit Kirchenglocken RG 56, 25. Endlich kann trotz übermäßiger Immission durch reichsrechtliche (vgl. § 26 GewO) oder landesgesetzliche **Sondervorschriften** (vgl. EG Artt 67, 109, 124, 125 betr. Bergbau, Enteignung, nachbarrechtliche Beschränkungen, Eisenbahnen und andere Verkehrsunternehmungen) der Anspruch auf Beseitigung der Störung ausgeschlossen und nur ein Schadensersatzanspruch gegeben sein. Hierüber das Nähere in A 13. Handelt es sich um Schädigungen, die durch Wasserzustrom infolge einer in einem Flußbett und im Überschwemmungsgebiet angebrachten Anlage verursacht sind, so liegt die Frage nach der rechtlichen Bedeutung und den rechtlichen Folgen des Zuflusses auf dem Gebiet des **Wasserrechts** (RG Warn 1910 Nr 447; JW 1912, 391[12]), für welches nach Art 65 EG landesrechtliche Vorschriften maßgebend sind. Ist nach diesen Vorschriften die Einwirkung gestattet, so muß der dadurch beeinträchtigte Eigentümer sie auch dulden und kann wegen des Zuflusses keine Entschädigung verlangen (RG 122, 136).

2. Außer dem **Eigentümer des Grundstücks** muß die nicht übermäßige Einwirkung des § 906 auch derjenige dulden, der das Grundstück besitzt (z. B. Pächter, Mieter, Nießbraucher: RG 105, 216; RG JW 1932, 2984[11]).

3. Unter **Zuführung** ist, wie sich aus der Gegenüberstellung mit „Leitung" im Satz 2 ergibt, eine von menschlichem Zutun unabhängige (A 1, 6), natürliche Verbreitung der unwägbaren Stoffe über die Grenze hinaus zu verstehen (M 3, 265; Prot 3, 124). Abführungen, **Entziehungen von Stoffen**, insbesondere von Luft, Grundwasser u. dgl., fallen nicht unter § 906 (RG 98, 16; JW 08, 142[2]; 09 S. 161[10], 174[26]; Warn 1913 Nr 96; Gruch 57, 992; A 1 u. A 5 „Wasser").

4. **Beispielsfälle** aus der Rechtsprechung über die Einwirkungen durch Zuführung von **Gasen:** RG 63, 374 (Gase aus gebrochenem Rohrnetz einer Gasanstalt); JW 1912, 752[17] (Gase aus einer chemischen Fabrik); **Dämpfen, Rauch, Ruß:** RG 58, 130; 63, 376; 65, 70; 70, 155; JW 05, 131[1]; Gruch 49, 1132; Warn 1914 Nr 190; 1915 Nr 284 (Eisenbahnbetrieb); **Gerüchen:** RG JW 04, 203[15] (von einem Hotel ausströmende Küchengerüche und Dünste); 70, 311 (Pumpstation); Warn 1914 Nr 189 (Knochenkocherei); Warn 1915 Nr 83 (Dunstgestank aus einer Gänsemästerei); Warn 1915 Nr 285 (Bedürfnisanstalt auf städtischer Straße); OLG 18, 122 (Straßenkanäle); **Wärme:** RG JW 05, 495[21] (Einwirkung eines Dampfkessels auf einen Eiskeller); **Geräuschen und Erschütterungen:** RG 70, 311 (Pumpstation); 57, 224; Warn 1910 Nr 118; 1915 Nr 284 (von einem Straßenbahndepot oder einem Eisenbahn-Rangierbahnhof ausgehendes Geräusch); 59, 71 (Geräusch von elektrischen Hochbahnen); 97, 27 (starke Geräusche durch Flieger, welche von einem Flugplatz aus Nachbargrundstücke in geringer Höhe überfliegen; § 905 A 2, 4); JW 04, 175[18]; 05, 231[9] (Kegeln); 08, 682[14] und 3. 6. 31 V 265/30 (Schießstand); 09, 50[15] (lärmende Gesamtwirkung mehrerer Maschinen im Fabrikbetriebe); 1910, 654[13] (Quaken von Fröschen in Teichanlagen); Warn 1915 Nr 141 (Hochofenwerk); Warn 1915 Nr 83; 1917 Nr 244 (Schnattern der Gänse aus einer Gänsemästerei); Warn 1912 Nr 342; 25. 6. 10 V 506/09 (Geräusche während der Dauer des Baues eines Kanals, einer Eisenbahn); Warn 1917 Nr 245 (Geräusche von dem Küchenbetriebe in einem Restaurant); Gruch 57, 1001; Warn 1916 Nr 138; JW 1927, 45[9] (Musik und Gesang in einem Restaurationsgebäude); 1932, 400[7] (Musikgeräusche aus einer Vergnügungsstätte); Warn 1930 Nr 194 (Musik im Garten eines Restaurants); Gruch 58, 1024 (Kindergeschrei aus einem Säuglingsheim); OLG 29, 337 (großer Pferdestall einer Brauerei an der Straße); RG 133, 152 (Erschütterungen durch einen zweistöckigen Omnibuskraftwagen).

5. **Ähnliche Einwirkungen,** die sinnlich wahrnehmbar sind (A 1) und sich durch die Luft oder sonst auf natürlichem Wege verbreiten, **sind z. B.:** Staub (RG JW 1910, 654[12]; 1912, 31[15]; SeuffA 42 Nr 100; 48 Nr 247; auch RG 60, 140: Sand von Sandklippen); Flugasche (RG 40, 182; JW 08, 11[12]; 1910, 20[29]; 1912, 31[15]; Warn 1919 Nr 172); Funken (RG 17, 103; 58, 130; JW 1910, 20[29]; Warn 1913 Nr 226; 1914 Nr 190; 1916 Nr 168; vgl. jedoch JW 1910, 619[13], wonach Funkenauswurf nicht zu den Einwirkungen gehört, die § 906 unter Umständen zuläßt);

Abbrennen von Feuerwerk, wobei Rückstände und glimmende Teile der Feuerwerkskörper hinüberfallen (RG JW 1927, 45[9]); künstlich erzeugte starke Kälte (RG VI 77/01); schädliche Ausdünstungen (z. B. von einer Bedürfnisanstalt, einer Dunggrube: RG 37, 172; JW 00 Beil 25; Warn 1915 Nr 83, 285; SeuffA 53 Nr 8). **Dagegen fällt nicht unter § 906,** weil es sich nicht um unwägbare Stoffe handelt, die sich auf natürlichem Wege verbreiten, das **Eindringen von festen Körpern,** z. B. von: Tieren, etwa Tauben (RG 76, 132; den Bienenflug aber unterstellt die neuere Rechtsprechung unter Hinweis auf den Gesetzeszweck dem § 906: RG 141, 406; OLG 26, 23; HRR 1932 Nr 447); Steinen aus einem Steinbruch (RG 76, 132; Warn 1918 Nr 55); Kugeln von einem Schießplatz (RG Warn 1911 Nr 330; vgl. jedoch RG Gruch 45, 1016 und § 907 A 7). Ebensowenig fällt unter § 906 das Eindringen von **Flüssigkeiten** (z. B. Sickerwasser), die nicht in der Luft aufgelöst sind (M 3, 265; RG Warn 1913 Nr 15; SeuffA 76 Nr 90; V 46/11). In diesen Fällen unterliegt der Eigentümer den Beschränkungen des § 906 nicht, kann vielmehr nach §§ 903, 905, 1004 derartige Einwirkungen unbedingt verbieten (RG Warn 1918 Nr 55; SeuffA 76 Nr 90). Doch kann ihm auch hier durch sonderrechtliche Bestimmung eine Duldungspflicht auferlegt sein (A 13). Was den Ab- und Zulauf von **Wasser** anlangt, so bestimmt sich die Zulässigkeit einer solchen Einwirkung gemäß Art 65 EG nach Landesrecht (RG Warn 1913 Nr 15). Das gilt insbesondere auch für: Überschwemmungen bei Hochwasser eines Flusses (RG JW 1912, 391[12]); Einwirkungen von einer mit einem Eisenbahnbetrieb zusammenhängenden Entwässerungsanlage (RG Warn 1910 Nr 447); Einwirkungen von Stauanlagen, insbesondere auf uferanliegende Grundstücke (RG 90, 49; 90, 61; 93, 104); Entziehung unterirdischer Wasser (RG Warn 1913 Nr 96; V 100/09; OLG 26, 19; 26, 336; 34, 173); Entziehung von Quellen (RG Warn 1913 Nr 153). Für **Preußen** war früher namentlich zu beachten § 102 ALR I 8 und das Vorflutedikt v. 15. 11. 1811. Danach war jeder Eigentümer befugt, seine Grundstücke gegen das außerhalb der Kanäle und Gräben wild ablaufende Wasser (feuchte Niederschläge der Luft) zu decken (RG 24, 214; 32, 285; JW 97, 121[60]; V 34/98). Der Oberlieger war aber nicht verpflichtet, solches Wasser vom Nachbargrundstück abzuhalten, durfte vielmehr sein Grundstück verändern, auch wenn dadurch der Abfluß nach dem Nachbargrundstück vermehrt wurde (RG 24, 212; OLG 29, 336), es sei denn, daß die Veränderungen das Gemeinübliche überschritten (RG Gruch 37, 1006; OLG 29, 236). Er durfte jedoch das Wasser nicht durch künstliche Anlagen ableiten (RG 24, 213; 57, 190; 59, 138; Gruch 30, 935; 35, 405; 45, 1008; JW 00 S. 449[30], 673[41]; V 179/02; OLG 29, 236). Nach §§ 99ff. ALR I 8 und dem Gesetz über die Benützung der Privatflüsse v. 28. 2. 1843 enthielt auch der ordentliche und gewöhnliche Ablauf des Grundwassers und Quellwassers durch Gräben und Kanäle keine unzulässige Einwirkung (RG Gruch 24, 430; 35, 404; JW 00, 673[41]). Der Eigentümer brauchte aber Grubenwasser und sonstige Abwässer in den Gräben sowie chemisch zersetztes Grundwasser nicht aufzunehmen, da Gräben nicht wie Privatflüsse die natürlichen Aufnehmer solchen künstlich fortgeschafften Wassers sind (RG 57, 190; 59, 138; 99, 175; Gruch 48 S. 940, 1123). Zudem durfte auch die Verunreinigung der im Eigentum der Uferanlieger stehenden Privatflüsse nicht über das Gemeingewöhnliche hinausgehen oder üble Gerüche verbreiten, widrigenfalls die Klage auf Unterlassung (§§ 903, 1004) und bei Verschulden die Klage auf Schadensersatz (§ 823) gegeben war (RG 16, 178; 21, 298; 38, 268; 53, 43; Gruch 32, 889; 45, 1010; 48, 1123; JW 01 S. 18[27], 52; 02 Beil 240; 1912, 31[15]; Warn 1913 Nr 15, 181; V 322/03). Jetzt ist in dem Wassergesetz v. 7. 4. 1913 hierüber hauptsächlich folgendes bestimmt: Es ist verboten, Erde, Sand, Schlacken, Steine, Holz, feste und schlammige Stoffe sowie tote Tiere in einen Wasserlauf einzubringen (§ 19 Abs 1 Satz 1). Wer Wasser oder andere flüssige Stoffe über den Gemeingebrauch hinaus in einen Wasserlauf einleiten will, hat dies vorher der Wasserpolizeibehörde anzuzeigen, die über die Zulässigkeit entscheidet (§ 23 Abs 1). Für den Schaden, der durch unerlaubte Verunreinigung eines Wasserlaufs entsteht, haftet der Unternehmer der Anlage, von der die Verunreinigung herrührt (§ 24 Abs 1 Satz 1). Jedermann ist gestattet, in die natürlichen Wasserläufe erster, zweiter und dritter Ordnung Wasser sowie die in der Haushaltung und Wirtschaft entstehenden Abwässer einzuleiten, wenn dadurch andere nicht benachteiligt werden (§ 25 Abs 1, 2). Durch den Gemeingebrauch von Wasserläufen erster Ordnung darf anderen der Gemeingebrauch nicht unmöglich gemacht oder erheblich erschwert werden (§ 37). Die Eigentümer von Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung (nämlich die Uferanlieger; Wasserläufe erster Ordnung stehen im Eigentum des Staates: §§ 7, 8) dürfen zum Nachteil anderer weder die Vorflut verändern noch das Wasser verunreinigen. Sie dürfen auch den Wasserstand nicht derart verändern, daß andere in der Ausübung ihrer Rechte am Wasserlauf beeinträchtigt oder fremde Grundstücke beschädigt werden (§ 41). Durch Verleihung können weitergehende Rechte erworben werden (§§ 46ff.). Für Gewässer, die nicht zu den Wasserläufen gehören, ist u. a. bestimmt: Der Eigentümer eines Grundstücks darf den Ablauf des oberirdisch außerhalb eines Wasserlaufs abfließenden Wassers nicht künstlich so verändern, daß die tiefer liegenden Grundstücke belästigt werden (§ 197 Abs 1). Er darf aber solches von einem anderen Grundstück abfließendes Wasser von seinem Grundstück abhalten (§ 198 Abs 1). Das unterirdische Wasser darf er nicht dauernd in weiterem Umfang als für die eigene Haushaltung und Wirtschaft zutage fördern, wenn dadurch der Wassergewinnungsanlage oder der benutzten Quelle eines

anderen das Wasser entzogen oder wesentlich geschmälert oder wenn die bisherige Benutzung eines anderen erheblich beeinträchtigt wird (§ 200 Abs 1).

6. Die Einwirkung muß **vom anderen Grundstück** ausgehen. Daher fällt z. B. Lärm durch Ansammlung des Publikums auf der Straße infolge eines Gewerbebetriebs auf dem anderen Grundstück nicht unter § 906 (RG 57, 240). Ebensowenig die Einwirkung vagabundierender elektrischer Ströme einer elektrischen Straßenbahn auf eine Gasrohranlage, da weder die Anlagen Grundstücke sind noch die Inhaber der Anlagen als Grundeigentümer in Betracht kommen (RG 81, 216). Das andere Grundstück braucht indessen nicht unmittelbar benachbart zu sein (RG 50, 322). Es genügt, wenn es so nahe liegt, daß die Wirkungen der von ihm ausgehenden unwägbaren Stoffe sich auf das leidende Grundstück erstrecken (RG 105, 216, auch Gruch 66, 478). Das **Ausgehen** von dem andern Grundstück braucht nicht auf menschlicher Tätigkeit zu beruhen (RG Gruch 54, 1007). Vielmehr können die Einwirkungen auch in Naturereignissen (z. B. Haldeneinstürzen bei anhaltenden Regengüssen) ihre Ursache haben (RG 51, 408; JW 1910, 654[13]; Gruch 54, 156; SeuffA 60 Nr 103). Ferner können die Einwirkungen auch auf andere Weise als durch Naturgesetze und unbelebte Naturkräfte vermittelt werden, z. B. durch das Wachstum von Pflanzen (RG JW 1910, 654[13]) oder durch Äußerungen tierischer Tätigkeit (z. B. Quaken von Fröschen, Schnattern von Gänsen: RG JW 1910, 654[13]; Warn 1915 Nr 83).

7. **Nicht verbieten** bedeutet, daß der Eigentümer wegen der Einwirkungen die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004) nicht anstellen darf. Er kann aber Maßregeln zur Abwehr der Einwirkungen treffen (z. B. Schutzwände errichten: M 3, 268). Dazu verpflichtet ist er nicht (RG JW 98, 447[39]). Z. B. braucht der durch Geräusche beeinträchtigte Eigentümer nicht die Fenster ständig geschlossen zu halten (RG Warn 09 Nr 359). Liegen die Voraussetzungen des § 906 (Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung oder Ortsüblichkeit der Grundstücksbenutzung) nicht vor, so braucht der Eigentümer nach dem Grundsatz des § 903 die Einwirkungen von dem Nachbargrundstück auch dann nicht zu dulden, wenn die Benutzung des Nachbargrundstücks einem Wohlfahrtszweck dient (RG 70, 313; Warn 1914 Nr 289). Gehen aber die Einwirkungen von Betrieben aus, die für die Volksertüchtigung von besonderer Bedeutung sind, so ist die Rechtslage durch das Reichsgesetz v. 13. 12. 1933 (RGBl I 1058) besonders geregelt. Näheres hierüber in A 13 Abs 2.

8. Aus den Worten **insoweit . . . als** folgt, daß derjenige, der gegenüber der Regel des § 903 die Zulässigkeit der Einwirkung geltend macht, die Voraussetzungen für die Ausnahme der Zulässigkeit nach § 906 Satz 1 nachweisen muß (Prot 3, 125; 6, 225; RG 57, 228; 64, 365; 105, 217; JW 01, 640; 02 Beil 202; 08, 682[14]; 1910, 20[29]; 1911, 325[20]; 1911, 326[21]; Warn 08 Nr 641; 1912 Nr 215; 1915 Nr 141, 284; 1917 Nr 244). Das gilt sowohl für den Beweis der Unwesentlichkeit der Einwirkung als auch für den Beweis der Gewöhnlichkeit der Benutzung des einwirkenden Grundstücks. Ist bei einer Veränderung der Benutzung dieses Grundstücks das ursprüngliche Maß der Benutzung gesteigert worden, so erstreckt sich die Beweispflicht auch auf die Gewöhnlichkeit der gesteigerten Benutzung (RG Warn 1930 Nr 194; JW 1932, 400[7]).

9. Es kommt nicht bloß die regelmäßige oder bisherige, sondern auch jede neue Art der **Benutzung des Grundstücks, auf das eingewirkt wird,** in Betracht (Prot 3, 125). Z. B. kann für die Frage der wesentlichen Beeinträchtigung erheblich sein, ob das Grundstück nur Ackerland ist, dessen künftige Bebauung in keiner Aussicht steht, oder ob es zwar unbebaut, aber zum Bauland geeignet und bestimmt ist (RG 70, 311). Gleichgültig ist für diese Frage, ob die Benutzung durch den Eigentümer des Grundstücks oder durch einen andern Besitzer (z. B. einen Pächter, auf dessen Pflanzungen eingewirkt wird) erfolgt (RG 105, 215).

10. Ob die Benutzung nur **unwesentlich beeinträchtigt** ist, muß in jedem einzelnen Falle nach einem allgemeingültigen Maßstab bestimmt werden (RG 70, 313; JW 1911, 325[20]). Dabei ist das Empfinden des normalen Durchschnittsmenschen maßgebend (RG 57, 224; JW 04 S. 143[12], 203[15], 384[6]; 1932, 400[7]; Warn 1910 Nr 446; SeuffA 45 Nr 396; 52 Nr 269; Gruch 48, 941). Eine besondere Empfindlichkeit (nervöse Veranlagung) einer von den Einwirkungen betroffenen Person muß außer Betracht bleiben (RG HRR 1932 Nr 1578). Einmalige vorübergehende Beeinträchtigungen sind nicht wesentlich, wohl aber können es regelmäßig wiederkehrende sein (RG SeuffA 48 Nr 394). Dauernde Beeinträchtigung ist zur Annahme der Wesentlichkeit nicht erforderlich (RG 57, 227; JW 1911, 587[33]; V 369/03); auch nur zeitweilige und in unregelmäßigen Abständen auftretende Beeinträchtigungen (z. B. Knallgeräusche von Schießständen, die nur gelegentlich benutzt werden) können genügen (RG 15. 1. 19 V 295/18; 3. 6. 31 V 265/30). Eine wesentliche Beeinträchtigung kann sich z. B. durch die Benutzung einer Anlage auf dem anderen Grundstück ergeben, wenn die Anlage in unmittelbarer Nähe des beeinträchtigten Grundstücks sich befindet (RG Warn 1911 Nr 187; 1912 Nr 215; A 11 a). Bei dem Betrieb mit zweistöckigen Omnibuskraftwagen ohne Luftbereifung ist zu prüfen, ob die von der Linie berührten Stadtteile sämtlich oder überwiegend ruhige und villenartig bebaute Wohnviertel sind, welchen Umfang der zu bewältigende Verkehr hat und ob zur Verhütung wesentlicher Erschütterungen nach den Verkehrsbedürfnissen eine Schonung der Straßenanwohner durch Benutzung leichterer Wagen möglich und angebracht ist (RG 133, 152). Die von einem Eisenbahnbetrieb ausgehenden Einwirkungen können, auch wenn sie Beeinträchtigungen in erheblichem Maße bewirken, regelmäßig

nur dann als unzulässig erachtet werden, wenn die Erheblichkeit der Beeinträchtigung in einer außergewöhnlichen Art und Weise des Betriebes ihren Grund hat (RG 70, 154; Warn 09 Nr 217; 1910 Nr 118; A 11 a). Doch kann auch hier eine wesentliche Beeinträchtigung anzunehmen sein, wenn die Eisenbahn in außergewöhnlicher Nähe am beeinträchtigten Grundstück vorüberführt (RG Warn 1914 Nr 190). Gedämpft herüberdringende Geräusche, welche durch Flugzeuge über einem benachbarten Flugplatz verursacht werden, enthalten keine wesentliche Beeinträchtigung (RG 97, 27). Finden bereits anderweit Einwirkungen (z. B. Eindringen übler Gerüche) statt und wird der aus diesen Einwirkungen sich ergebende Gesamtzustand des Grundstücks durch das Hinzutreten der streitigen, gleichartigen Einwirkungen nicht erheblich verändert, so sind diese Einwirkungen nicht wesentlich (RG 99, 180; JW 1910, 149[14]). Unter Umständen können jedoch Einwirkungen, die für sich allein unwesentlich beeinträchtigende wären, wesentlich beeinträchtigende werden, wenn durch ihre Vereinigung mit Einwirkungen von andern Grundstücken aus eine schädliche Gesamtwirkung hervorgebracht wird, an der sie wesentlich beteiligt sind (RG 99, 180).

11. Auch eine wesentliche Beeinträchtigung kann nicht verboten werden, wenn sie durch eine **ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks** herbeigeführt wird.

Voraussetzung für die Duldungspflicht aus diesem Grunde ist:

a) Gewöhnlichkeit der **Benutzung des anderen Grundstücks**. Die einwirkende Benutzung des Nachbargrundstücks muß also eine der Benutzung anderer Grundstücke in der Umgebung gleiche oder doch im wesentlichen gleichartige sein (RG JW 1910, 941[18]; Warn 1910 Nr 446; 1912 Nr 215; 1915 Nr 284; 1917 Nr 244; Gruch 53, 1033; 58, 1026; OLG 34, 172). Dabei ist sowohl auf die Art und Weise als auch auf das Maß der Benutzung zu sehen. Beispielsfälle in RG JW 1911 S. 326[21], 587[33]; 1927, 45[9]; Gruch 58, 1026; Warn 1914 Nr 190; 1915 Nr 284, 285; Nachtbetrieb: RG 57, 224; JW 1902 Beil S. 202; 1927, 45[9]; bei Fabriken Maß des Kohlenverbrauchs und der dadurch bewirkten Rauchentwicklung: RG 105, 217; lange und spät andauernde Musik mit laut tönenden Instrumenten im Freien eines Gartenrestaurants: RG Warn 1930 Nr 194; keine Steigerung der ortsübliche Einwirkungen verursachenden Benutzung: RG JW 03 Beil 103; 1910, 941[18]; 1911, 326[21]; Warn 09 Nr 216; 1930 Nr 194; Gruch 47, 952. Bei Einwirkungen von einer Anlage aus kann sich ergeben, daß die Anlage (z. B. eine Bedürfnisanstalt auf städtischer Straße) zwar ebenso eingerichtet ist wie gleiche Anlagen auf anderen Grundstücken dieser Lage, daß aber ihre Benutzung nach Art und Maß eine ungewöhnliche ist (RG Warn 1915 Nr 285). So müssen z. B. die Straßenanwohner das allgemeine ortsübliche Geräusch einer Straßenbahn sich gefallen lassen, dagegen nicht das in der Nähe der Depots bis in die Nacht hinein andauernde Geräusch (RG 57, 224). Dasselbe gilt für einen Eisenbahnbetrieb einerseits in Außenbezirken einer Großstadt, anderseits auf einem Rangierbahnhof (RG 70, 154; Warn 1910 Nr 118) oder in einer außergewöhnlichen Nähe des beeinträchtigten Grundstücks (RG Warn 1914 Nr 190; 1915 Nr 284; A 10). Ferner kann die Einwirkung auf ein Nachbarhaus deshalb ungewöhnlich sein, weil sie durch den Betrieb einer Anlage verursacht wird, die unmittelbar an das Haus anstößt (RG Warn 1911 Nr 187; 1912 Nr 215; A 10). Gleichgültig ist, ob und wie auch von anderen Grundstücken auf das beeinträchtigte Grundstück eingewirkt wird (RG Warn 1910 Nr 446), sofern diese Einwirkungen durch Benutzungen herbeigeführt werden, die andersgeartet sind als die in Frage stehenden (RG Warn 1917 Nr 244). Ebensowenig kommt es darauf an, ob die überwiegende Mehrheit der Einwohner des Ortes Einwirkungen der betreffenden Art erträgt (RG JW 1910, 941[18]; unten e). Ferner kommt es nicht auf die Art der Benutzung des leidenden Grundstücks, sondern nur auf die Benutzungsart des einwirkenden Grundstücks an (RG 139, 31; Warn 1911 Nr 187). Ohne Bedeutung sind schließlich auch die Wirkungen, die die Benutzung des schädigenden Grundstücks etwa auf das leidende Grundstück ausübt (RG Gruch 57, 1005).

b) **Nach den örtlichen Verhältnissen** muß die Benutzung gewöhnlich sein. Es kommt also darauf an, ob die örtlichen Verhältnisse sachlich (objektiv) derartige sind, daß die Benutzung als eine gewöhnliche zu gelten hat. Die Anschauung der Polizeibehörde über die Ortsüblichkeit ist an sich nicht maßgebend (RG JW 05, 231[9]). Doch kann die Annahme der Ortsüblichkeit auf eine gutachtliche Äußerung der Polizeibehörde gegründet werden, wenn diese Äußerung der Volksanschauung (unten e) entspricht (RG Warn 1913 Nr 227).

c) **Bei Grundstücken** muß die fragliche Benutzung gewöhnlich sein. Daher kommt es auf eine gleichartige Benutzung bei einer Mehrheit von Grundstücken an (RG 57, 229; JW 1910, 236[15]; Gruch 48, 605). Die Frage, ob mehrere Grundstücke vorliegen, ist hier aber nicht nach der Eintragung im Grundbuch, sondern nach wirtschaftlichen Rücksichten und nach der selbständigen Bedeutung der Grundflächen zu entscheiden (RG 70, 153; JW 1910, 236[15]; 1927, 45[9]). Daher kann z. B. eine einheitliche Eisenbahn- oder Straßenbahnanlage in dieser Beziehung einer Mehrheit von Grundstücken gleichgeachtet werden (RG 70, 154; Warn 1910 Nr 118; 1915 Nr 284). Wenn ein Betrieb auf mehreren Grundstücken stattfindet, die zwar im Grundbuch als selbständige Grundstücke gebucht sind, die aber wirtschaftlich eine Einheit bilden, so bleibt der Betrieb auf dem ganzen Komplex für die Frage der Gewöhnlichkeit außer Betracht (RG JW 1927, 45[9]), es sei denn, daß er ausnahmsweise der Gegend einen besonderen Charakter aufdrückt (A 11 d a. E.). Nicht erforder-

lich ist, daß die Benutzungsart auf allen Grundstücken der fraglichen Gegend stattfindet (z. B. Kegeln: RG JW 05, 231[9]; Gruch 48, 605) oder daß die Benutzungsarten auf den mehreren Grundstücken genau die gleichen sind (RG Gruch 53, 1033; oben a).

d) In **der Lage** des beeinträchtigenden Grundstücks muß die geübte Benutzung bei Grundstücken gewöhnlich sein. Auf die Lage und Benutzungsart des von den Einwirkungen betroffenen Grundstücks kommt es bei der Entscheidung der Frage der Ortsüblichkeit nicht an (oben a a. E.). Maßgebend sind daher in der Regel die Verhältnisse der Stadt oder des Dorfes, in dem das schädigende Grundstück liegt (RG JW 1910, 149[14]; 1910, 236[15]; SeuffA 60 Nr 199). Der Kreis der für die Vergleichung in der Benutzungsart heranzuziehenden Grundstücke deckt sich aber nicht stets mit dem Umfang einer Ortschaft (RG JW 1916, 149[14]; Warn 1919 Nr 64). Vielmehr ist maßgebend, inwieweit nach allgemeiner Anschauung Grundstücke im Umkreise der beeinträchtigenden Anlage in der fraglichen Beziehung als zusammengehörig gelten. Danach wird der Kreis je nach der Lage des Einzelfalls auch ein weiterer oder engerer als der der Ortschaft sein können (RG 70, 154; 105, 217; JW 1910, 149[14]; 1910, 236[15]; 1910, 941[18]; 1916, 149[14]; Warn 1910 Nr 446; 1915 Nr 285; 1919 Nr 64; 1930 Nr 194). Unter Umständen kann ein einzelner Bezirk einer Ortschaft bei der Beurteilung der örtlichen Verhältnisse eine selbständige Bedeutung haben (RG 133, 154; 139, 32). Doch darf die Ausscheidung einer bestimmten Lage aus dem Ortschaftsgebiet als Ausnahme nicht zu willkürlich erfolgen (RG Warn 1919 Nr 64). Einem Gebietsstreifen von verhältnismäßig unbeträchtlichem Umfang kann nicht schon deshalb die Bedeutung einer besonderen Lage innerhalb eines Stadtgebietes beigelegt werden, weil die in ihm obwaltenden Bebauungs- und Benutzungsverhältnisse sich nicht völlig mit den entsprechenden Verhältnissen in den angrenzenden Gebieten decken (RG Warn 1919 Nr 64). Vielmehr wird ein Ortsteil nur dann maßgebend sein, wenn er durch seine Bebauungsart (z. B. Villenviertel) oder die Art der dort betriebenen Gewerbe (z. B. Fabrikviertel) ein charakteristisches, von anderen Stadtteilen in erkennbarer Weise unterschiedenes Gepräge trägt (RG 105, 217; JW 08, 11[12]; 1910, 149[14]; 1927, 611[1]; Warn 1915 Nr 285; 1930 Nr 194; Gruch 48, 604; OLG 28, 338). Der Eigentümer eines Gartens in einem Fabrikviertel muß sich z. B. wesentliche Beeinträchtigungen durch Ruß gefallen lassen. Der Eigentümer einer Wiese, der diese als Bleiche benutzen will, braucht aber nicht den Ruß von einer auf freiem Felde befindlichen einzelnen Fabrik zu dulden (Prot 3, 125). Einwirkungen von einem landwirtschaftlichen Großbetrieb inmitten einer Stadt können ortsüblich sein, wenn in Städten eines fest bestimmten, wenngleich räumlich weit umfassenden Bezirks (z. B. im Gebiete des Harzes) gleichartige Betriebe stattfinden (RG JW 1910, 149[14]). Auch ein einziger Fabrikbetrieb kann unter Umständen, wenn er von überwiegender Bedeutung und Ausdehnung ist, der Gegend den Charakter einer Fabrikgegend aufdrücken (RG Warn 1912 Nr 215; Gruch 55, 105). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Betrieb nur von kurzer Zeitdauer ist (RG Warn 1912 Nr 215; Gruch 55, 110; 24. 6. 11 V 2/11).

e) **Gewöhnlich** muß die einwirkende Benutzung sein. Der Begriff der Gewöhnlichkeit (Ortsüblichkeit) ist wesentlich tatsächlicher Natur (RG 105, 217; JW 03 Beil 86; Gruch 46, 370; Warn 1916 Nr 138). Die rechtliche Nachprüfung in der Revisionsinstanz ist aber nur dann ausgeschlossen, wenn die Begründung des Tatrichters erkennen läßt, daß er von zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist (RG 139, 31). Ein allgemeiner Rechtsanspruch auf Beachtung der Gewohnheit eines Hausbewohners, nachts bei offenem Fenster zu schlafen, kann nicht anerkannt werden; doch kann diese Gewohnheit unter besonderen Umständen ortsüblich sein und deshalb nach § 906 Beachtung verdienen (RG JW 1932, 400[7]). Bei der Entscheidung der Frage, ob eine gewöhnliche Benutzung vorliegt, kommt auch in Betracht, ob nach allgemeiner Anschauung der Bevölkerung die Benutzung eine ortsübliche ist (RG 105, 217; JW 05, 231; Warn 1913 Nr 227). Zur Feststellung der Ortsüblichkeit ist aber nicht etwa stets die Ermittlung einer entsprechenden Auffassung der Bevölkerung erforderlich (RG Warn 1916 Nr 139). Ferner ist die Entscheidung über die Ortsüblichkeit der Benutzung nicht darauf abzustellen, ob die Einwirkung nach der Ansicht eines objektiv denkenden Beurteilers den Charakter der Gegend, ihrer Bewohnung und Benutzung verändert hat. Denn einerseits kann eine Einwirkung, die eine solche Änderung nicht herbeiführt, eine ungewöhnliche sein; anderseits kann eine zunächst fremdartige Einwirkung dadurch, daß sie anfangs ohne Widerspruch hingenommen wurde, in allmählicher Entwicklung der Verhältnisse zu einer gewöhnlichen (üblichen) geworden sein (RG Gruch 58, 1025). Ist die Benutzung eine nicht ordnungsmäßige, sondern eine regelwidrige, so kann die Verneinung der Gewöhnlichkeit (Ortsüblichkeit) gerechtfertigt sein, auch wenn sonst die Benutzung als ortsüblich anzusehen wäre. Das kann z. B. der Fall sein, wenn unmittelbar an der Nachbarwand Betriebe stattfinden, ohne daß zur Abwendung von Störungen leicht anzubringende und übliche Vorkehrungen getroffen sind (RG Gruch 57, 1004). Die Gewöhnlichkeit der Benutzung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß Nachbarn gegen diese Benutzungsart auf anderen Grundstücken mündlich Widerspruch erhoben haben (RG 105, 217; Gruch 53, 1034).

Der Grundsatz des besseren Rechtes wegen früheren Bestehens (der Prävention) bleibt außer Anwendung (RG 57, 229; 70, 152; JW 05, 495[21]; Gruch 45, 1013; Warn 1931 Nr 8). Wie sich aus den Worten „herbeigeführt wird" und „gewöhnlich ist" ergibt, ist immer der Zeit-

punkt der Klagerhebung und nicht eine bereits vergangene Zeit maßgebend (RG 64, 363; JW 1910, 472[11]; 1927, 45[9]; Warn 1911 Nr 243; OLG 6, 111; 18, 125; 34, 172). Der Beeinträchtigte braucht daher die Einwirkung nicht schon deshalb zu dulden, weil er sein Grundstück erst später erworben oder bebaut oder sonst verändert hat als der Einwirkende das beeinträchtigende Nachbargrundstück. Auch daraus ist kein Duldungsgrund herzuleiten, daß die Einwirkung erst durch eine Veränderung beeinträchtigend geworden ist (RG 57, 229; 70, 152; 81, 216; JW 01, 19[30]; Warn 1911 Nr 243; 1913 Nr 227; 1917 Nr 244; Gruch 45, 1013). Ebensowenig ergibt sich eine Duldungspflicht für den Beeinträchtigten schon daraus, daß der bei der Beeinträchtigung mitwirkende Zustand des schädigenden Grundstücks (z. B. eine dünne Brandmauer) schon früher bestand (RG Gruch 57, 1005). Hat der Einwirkende seinen ursprünglich ortsüblichen Betrieb nachträglich gesteigert, so muß er nachweisen, daß die Einwirkungen des erweiterten Betriebs ebenfalls noch ortsüblich sind (RG 57, 227; JW 1902 Beil S. 202; 03 Beil S. 86, 103; 1932, 400[7]; Warn 1910 Nr 386; 1915 Nr 141, 284; Gruch 47, 952). Endlich genügt zur Begründung der Duldungspflicht des Beeinträchtigten nicht eine zwar in früherer Zeit, insbesondere zur Zeit der Errichtung des Betriebs vorhanden gewesene, jetzt aber infolge Veränderung der Verhältnisse (z. B. Umwandlung einer Fabrikgegend in ein Villenviertel) nicht mehr vorhandene Ortsüblichkeit (RG 64, 363; JW 1910, 472[11]; Gruch 46, 373).

12. Die **Zuführung durch eine besondere Leitung** ist auch dann unzulässig, wenn die Einwirkung das Grundstück nicht wesentlich beeinträchtigt. Durch das Bestehen der Zuleitung schon vor der Besitzzeit des die Beeinträchtigung geltend machenden Eigentümers wird das Verbot der Zuleitung nicht ausgeschlossen (SeuffA 46 Nr 248; 56 Nr 104; A 11 a. E.). Eine „besondere" Leitung (z. B. bei Geräuschen) setzt voraus, daß die (den Schall) leitenden Gegenstände zur Leitung bestimmt sind (RG 13. 5. 33 V 447/32).

13. **Ansprüche des Eigentümers wegen unzulässiger Einwirkungen.** Sind von dem anderen Grundstück Einwirkungen ausgegangen, die nicht im Sinne des Satz 1 unwesentlich oder ortsüblich sind oder die nach Satz 2 unzulässig sind, so kann der beeinträchtigte Eigentümer gemäß §§ 903, 905, 1004 gegen die Störung klagend vorgehen (RG 58, 131; JW 00, 640). Nach §§ 862, 858 hat das Klagerecht auch der Besitzer, der ohne seinen Willen durch solche unberechtigten Einwirkungen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird, z. B. der Pächter, wenn schädigende Einwirkungen auf seine Pflanzungen stattfinden (RG 105, 215). Näheres über die Klagen unten in Abs 3. Erforderlich ist, daß eine Beeinträchtigung durch Einwirkungen bereits stattgefunden hat (RG Warn 1911 Nr 330). Eine besondere Häufigkeit und Dauer der Einwirkungen ist aber nicht Voraussetzung der Klage (RG 57, 227; JW 1911, 587[33]). Vielmehr genügen z. B. auch Einwirkungen in der Zeit des Baues eines Kanals oder einer Eisenbahn (RG Warn 1912 Nr 342; 25. 6. 10 V 506/09). Ebensowenig hängt die Klagebefugnis davon ab, daß der Eigentümer durch die Einwirkungen unmittelbar einen Vermögensschaden (z. B. bei einem Hausgrundstück einen Mietzinsausfall) erleidet (RG JW 1911, 587[33]). Die Klage geht auf **Beseitigung der Störung** und im Falle der Besorgnis weiterer Störungen auch auf **Unterlassung der Einwirkungen**, soweit sie das Maß überschreiten, das nur unwesentliche Beeinträchtigungen zur Folge hat oder durch eine gewöhnliche (ortsübliche) Benutzung herbeigeführt wird (RG JW 02 Beil S. 202; 06, 749[21]; 08, 682[14]; Warn 08 Nr 159). Klage und Urteil können allgemein auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen oder auf Herstellung geeigneter Einrichtungen zur Verhinderung solcher Einwirkungen gerichtet sein. Die Bezeichnung einzelner zu diesem Zweck geeigneter Maßregeln ist nicht erforderlich; die Beschränkung auf bestimmte Maßnahmen ist nicht einmal immer zulässig, weil dem Beklagten die Möglichkeit gegeben werden muß, die ihm selbst geeignet erscheinenden Abhilfemittel anzuwenden (RG JW 00 S. 501, 840[6]; 01, 849[32]; 02 Beil S. 203; 03 Beil S. 103; 06, 749[21]; 08, 682[14]; 1910, 337[19]; 1911, 325[20]; Warn 1910 Nr 337; 1913 Nr 181; 1917 Nr 245; 1919 Nr 172; Gruch 46, 999). Erst in der Zwangsvollstreckung müssen die erforderlichen Maßregeln im einzelnen angegeben werden, weil sonst eine Grundlage für die Prüfung der Frage fehlen würde, ob die Voraussetzungen des § 887 oder des § 888 ZPO vorliegen und ob der Schuldner alles, was in seinen Kräften steht, zur Erfüllung der ihm gemachten Auflage getan hat (RG 60, 120; JW 03 Beil S. 77; Gruch 43, 683; 479, 16; Warn 1919 Nr 172; a. M. SeuffA 75 Nr 54). Allerdings setzt diese Verweisung der Einzelanordnungen in die Zwangsvollstreckungsinstanz selbstverständlich die Feststellung im Urteil voraus, in welchem Umfang eine den Klagegrund bildende Einwirkung vorliegt und wesentlich oder ungewöhnlich ist (RG Warn 1930 Nr 194). Die Klage kann, abgesehen von dem Fall des § 907, auch auf Einstellung des Betriebs oder auf Beseitigung der Anlage (z. B. einer Bedürfnisanstalt) gehen, wenn die unzulässige Einwirkung nicht auf andere Weise beseitigt werden kann (RG JW 00, 640).

Aus sonderrechtlichen Bestimmungen ergeben sich **Beschränkungen des Anspruchs.** Am weitesten geht insoweit das **Reichsgesetz vom 13. 12. 1933** (RGBl I 1058) über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die **Volksertüchtigung** von besonderer Bedeutung sind. Das Gesetz führt den Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" (§ 903 A 3) in das Nachbarrecht ein. Es läßt gegenüber den genannten, vom Reichsminister des Innern genehmigten Betrieben die nachbarrechtlichen Ansprüche auf Betriebseinstellung und auf Herstellung von Abwehrein-

richtungen gegen nachteilige Einwirkungen nur dann zu, wenn sie entweder auf einen besonderen Rechtstitel (z. B. Vertrag) oder auf eine unerlaubte Handlung (§§ 823ff.) gestützt werden können. Im übrigen werden diese Ansprüche gänzlich ausgeschlossen. Ein Entschädigungsanspruch (vgl. unten) wird nur unter der Voraussetzung zugelassen, daß er schon in einer Auflage des Genehmigungsbescheids vorgesehen ist; Höhe und Art der Entschädigung bestimmt alsdann unter Ausschluß des Rechtswegs der Reichsminister des Innern. — Weniger tiefgreifende Beschränkungen des nachbarrechtlichen Anspruchs bringt **§ 26 RGewO** für die Fälle, in denen eine die beeinträchtigende Einwirkung verursachende gewerbliche Anlage mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet ist (§§ 16, 24 GewO; RG 45, 297; 104, 82). Das Verzeichnis der genehmigungsbedürftigen Anlagen im § 16 GewO ist erschöpfend und duldet keine entsprechende Anwendung auf andere Anlagen. Der Schutz des § 26 GewO beschränkt sich auf den genehmigungsbedürftigen Teil und erstreckt sich nicht auf die weitere Anlage. **Beispielsfälle** genehmigungsbedürftiger Anlagen: RG 11, 183; 37, 174; 40, 182; 49, 85; 63, 377; 90, 49; 90, 61; 93, 102; 104, 82; 105, 216; JW 00, 895[7]; Gruch 46, 1097; 54, 640; SeuffA 50 Nr 336; Warn 08 Nr 521; 1918 Nr 55. Nach der zuletzt erwähnten Entscheidung werden Nebenanlagen, die nicht nur zufällig mit der genehmigten Anlage räumlich verbunden sind, sondern notwendige Bestandteile der Hauptanlage bilden und zur zweckentsprechenden Herstellung der Hauptanlage oder zu deren Betrieb unbedingt notwendig sind, von der Genehmigung des § 16 und dem Schutz des § 26 GewO mitumfaßt. Diesen Schutz genießen auch die vor dem Inkrafttreten der GewO obrigkeitlich genehmigten Anlagen, wenn sie, wie eine Knochenkocherei, zu denjenigen gehören, die nach § 16 GewO der behördlichen Genehmigung bedürfen (RG Warn 1914 Nr 189). Dagegen findet § 26 GewO im Falle eines besonderen privatrechtlichen Titels, wie Vertrag, keine Anwendung (RG 93, 103). Liegt ein Fall des § 26 GewO vor, so kann **nicht** auf Grund des Eigentums gemäß § 1004 oder des Besitzes gemäß §§ 862, 858 **auf Einstellung des Gewerbebetriebs geklagt werden, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen,** welche die benachteiligende Wirkung ausschließen (RG 11, 183; 37, 174; 40, 182; JW 00, 895[7]; SeuffA 50 Nr 336) oder auf ein erträgliches Maß herabsetzen (RG JW 96, 210[37]; 00, 895[7]; 02 Beil S. 202; OLG 36, 157). Wenn solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Gewerbebetrieb unvereinbar sind (RG 93, 103; 99, 179; Gruch 42, 137), so hat der beeinträchtigte Eigentümer nur die Klage **auf Schadensersatz** (RG 47 S. 98, 249; 50, 229; JW 09, 195[16]; Warn 1914 Nr 189). Der Schadensersatzanspruch geht aber nicht auf Ersatz des Schadens, der durch die gesamten Einwirkungen entstanden ist, sondern nur auf Vergütung des Schadens, der durch den über die Grenzen des § 906 hinausgehenden Teil der Einwirkungen verursacht wird (RG 139, 29 unter Preisgabe von RG Warn 1911 Nr 404). Auf diesen Schadensersatzanspruch finden die §§ 823ff. nicht, wenigstens nicht unmittelbar Anwendung. Denn der Anspruch beruht nicht auf einer unerlaubten Handlung, sondern tritt an die Stelle des sonst gegebenen Anspruchs auf Einstellung des Betriebs. Insbesondere bedarf es hier also des Nachweises eines Verschuldens nicht (RG 47 S. 98, 249; 58, 134; 59, 74; 63, 376; 70, 153; 90, 49; 90, 61; 100, 74; 105, 214; JW 05, 131[1]; 1910 S. 74[32], 580[15], 619[13]; Gruch 45, 1018; 49, 1134; 53, 1037; Warn 1915 Nr 81, 141; 1931 Nr 8). Wenn die Beeinträchtigung durch Einwirkung mehrerer Gewerbebetriebe erfolgt, ist auch die entsprechende Anwendung des § 840 ausgeschlossen; jeder Einwirkende haftet nur für den von ihm verursachten Teil des Schadens, der vom Gericht gemäß § 287 ZPO nach freiem Ermessen zu schätzen ist (RG 36, 276; JW 01, 260[27]; Gruch 42, 853). Der Schadensersatzanspruch, der aus § 26 GewO abgeleitet wird, umfaßt nicht nur die nach der Klagerhebung liegenden, sondern auch die früheren über das Maß des § 906 BGB hinausgehenden Schädigungen. Auch für die der Klagerhebung vorausgehenden unzulässigen Einwirkungen kann also ohne Nachweis der Voraussetzungen des § 823, insbesondere ohne Verschuldensnachweis, Ersatz verlangt werden (RG 139, 29 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung). Wird aber der Schadensersatzanspruch darüber hinaus auch auf ein Verschulden gestützt, so kommen die §§ 823ff., insbesondere § 840 zur Anwendung. Im übrigen ist für alle vorbezeichneten Ansprüche Voraussetzung, daß die Einwirkungen über die nach § 906 zulässigen Grenzen hinausgehen. Dabei sind die Fragen der Unwesentlichkeit und der Ortsüblichkeit der Zuführungen nicht anders zu beurteilen als sonst (RG Warn 1913 Nr 144). Der Schadensersatzanspruch steht nicht nur dem Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks, sondern nach §§ 858, 862 auch dem geschädigten Besitzer zu (RG 59, 326; 100, 75), z. B. dem Pächter, auf dessen Pflanzungen schädigende Einwirkungen von einem genehmigten Betrieb aus stattfinden (RG 105, 214). Da es sich um Schadensersatz wegen Beschädigung einer Sache handelt, kann nach § 249 Satz 2 der Geldbetrag verlangt werden, der erforderlich ist, um den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Einwirkungen nicht stattfinden würden. Grundsätzlich ist danach, insbesondere zur Ausgleichung des Minderwerts, eine Kapitalabfindung zu gewähren. Die Zubilligung einer zeitweise oder fortdauernd zu zahlenden Rente würde regelmäßig das Ziel der Herstellung im Sinne jener Vorschrift nicht erreichen oder überschreiten; sie wird sich daher nur unter ganz besonderen Umständen rechtfertigen lassen (RG 45, 203; Gruch 61, 804; JW 1918, 86[5]; Warn 1915 Nr 141; 1919 Nr 172). Der Ersatzpflichtige kann sich im Falle der Kapitalabfindung dagegen schützen, daß er von einem Besitznachfolger des Ersatzberechtigten noch einmal auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird; er kann daher die Eintragung

einer Grunddienstbarkeit auf Duldung der Einwirkungen verlangen (RG Warn 1915 Nr 141; vgl. über eine solche Grunddienstbarkeit § 1018 A 9, 4). Wird eine Kapitalabfindung gewährt, so ist sie nach der Höhe der Wertminderung zur Zeit der Urteilsfällung zu bemessen. Handelt es sich darum, ob das Nachbargrundstück durch die Einwirkungen die Bauplatzeigenschaft verloren hat, so ist dabei zu prüfen, ob der Verlust der Eigenschaft ein dauernder oder ein nur zeitweiliger ist (RG Warn 1931 Nr 8). Finden Einwirkungen von mehreren Nachbargrundstücken aus statt, wird aber der Schaden durch wesentlich beeinträchtigende Einwirkungen von einem der Grundstücke aus verursacht, auf das die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht zutreffen, während die Einwirkungen von den andern Grundstücken aus auf die Entstehung des Schadens ohne merklichen Einfluß sind, so hat nur der Eigentümer jenes Grundstücks Schadensersatz zu leisten (RG 99, 181; A 10). Zu ersetzen ist lediglich der Schaden, der durch die Einwirkungen zugefügt ist und zugefügt wird. Ein Schaden, der etwa durch schlechte Behandlung des Grundstücks seitens des Geschädigten selbst herbeigeführt ist, scheidet als auf anderer Ursache beruhend aus, ohne daß die Anwendung des § 254 über mitwirkendes Verschulden des Geschädigten in Betracht kommt (RG JW 1927, 893[4]). Für die Verjährung findet § 852 Anwendung (RG 105, 218). Dabei sind Betriebsmaßnahmen, die fortdauernd sich wiederholende Einwirkungen verursachen, nicht als eine einzige Handlung anzusehen, die mit der ersten Einwirkung begonnen hätte, sondern als selbständige, je für sich neue Beschädigungen verursachende Einzelhandlungen, mögen auch die schädlichen Folgen gleichartige sein und sich zeitlich mehr oder minder unmittelbar aneinander reihen. Durch jede Handlung wird also eine neue dreijährige Verjährung in Lauf gesetzt (RG JW 1912, 31[15]; Warn 1914 Nr 189). — Gehen **Einwirkungen** von einem Grundstück **infolge Ausübung staatshoheitlicher Rechte** aus (z. B. von einem Polizeiarrestlokal), so können weder Vorkehrungen zur Verhütung der Einwirkungen verlangt werden noch die Beseitigung einer Anlage (RG 73, 270; 84, 303; Warn 08 Nr 380). Für einen solchen Anspruch (z. B. auf Unterlassung der Zuführung von Geräuschen und Erschütterungen durch eine zu elektrischer Strom- und Lichterzeugung dienende Dampfmaschine, die für den Unterrichtsbetrieb in einer staatlichen Maschinenbauschule bestimmt ist) ist überhaupt der Rechtsweg ausgeschlossen. Die Frage, ob ohne Beeinträchtigung des staatshoheitlichen Betriebs Einrichtungen und Vorkehrungen getroffen werden können, die eine Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks herabmindern oder beseitigen, kann nur insoweit im Rechtsweg erörtert werden, als es sich nur um Maßnahmen finanzieller Natur handelt (wie z. B. die Höhe der Schornsteine, Essen), durch die in den Betrieb nicht eingegriffen wird (RG Warn 1916 Nr 248). Auch ein Schadensersatzanspruch kann hier nur nach Maßgabe besonderer landesgesetzlicher Vorschriften (vgl. für Preußen §§ 74, 75 Einl zum ALR) gegeben sein (RG 73, 272; Gruch 60, 860). Beispiele in A 1 „auf Grund öffentlichen Rechts“. Das gleiche gilt von **Betrieben im öffentlichen Interesse, die behördlich genehmigt sind** (z. B. Artilleriewerkstatt, Eisenbahnanlagen, Postbetrieb, Kanalisation, Kanalbauten), mit der Maßgabe, daß Vorkehrungen insoweit beansprucht werden können, als dadurch keine wesentliche Änderung der genehmigten Betriebsanlage herbeigeführt würde (RG 44, 227; 59, 70; 62, 131; 73, 270; JW 1910, 619[13]; Warn 09 Nr 409; 1910 Nr 282; 1912 Nr 342; 1913 Nr 181; 13. 11. 09 V 585/08; vgl. auch RG 92, 49; Gruch 54, 635). Die der Volksertüchtigung dienenden, vom Reichsminister des Innern genehmigten Betriebe sind bereits oben besprochen. — Durch Art 125 EG ist der Landesgesetzgebung vorbehalten, die Vorschrift des § 26 GewO auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen zu erstrecken. Preußen hat von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht. Da aber die **Eisenbahnbetriebe** in Preußen der landespolizeilichen Genehmigung bedürfen, kommen für die Beseitigung von Einwirkungen die vorgenannten Grundsätze zur Anwendung (RG 58, 130; 59, 70; Warn 09 Nr 409; 1910 Nr 118, 208; 1911 Nr 404; 1917 Nr 143; Gruch 54, 1082; für Hamburg: Warn 1915 Nr 284). Was den Anspruch auf Schadensersatz anlangt, so haften nach § 25 des Ges. über Eisenbahnunternehmungen v. 3. 11. 1838 die Eisenbahngesellschaften, auch ohne Nachweis eines Verschuldens, für alle „bei der Beförderung auf der Bahn“ verursachten Schäden, mithin insoweit auch für schädigende Einwirkungen auf benachbarte Grundstücke, und zwar selbst dann, wenn die Einwirkungen sonst nach § 906 erlaubt wären (RG 133, 342; Warn 1913 Nr 226; 1917 Nr 142; Gruch 71, 426). Soweit die Einwirkungen nicht bei der Beförderung stattgefunden haben oder in Rechtsgebieten, in denen das genannte Gesetz nicht gilt, oder beim Betrieb von Kleinbahnen (Ges. v. 28. 7. 92) erfolgt sind, ist aus den dem § 26 GewO, Art 9 der alten preuß. VerfU (jetzt Art 153 RVerf), § 75 Einl z. ALR, § 109 EnteignG, § 12 TelWG v. 18. 12. 99 zugrunde liegenden rechtlichen Gesichtspunkten einem Eigentümer, dem durch die landespolizeiliche (auch bergbehördliche: RG Warn 1913 Nr 226) Genehmigung der Eisenbahnanlage die Möglichkeit entzogen ist, auf Einstellung des Betriebs oder Unterlassung der Einwirkungen zu klagen, wegen solcher Einwirkungen, die über das nach § 906 zulässige Maß hinausgehen, ein Anspruch auf Schadensersatz zuzubilligen, der zur Begründung nicht des Nachweises eines Verschuldens bedarf (RG 17, 103; 58, 130; 59, 71; 63, 376; 70, 152; 84, 303; 97, 291; 98, 348; JW 05, 131[1]; 07, 299[1]; 1910, 580[15]; 1910, 619[13]; 1912, 869[28]; Warn 1910 Nr 208; 1910 Nr 447; 1911 Nr 404; 1913 Nr 226; auch RG 7, 266; 32, 283; 37, 270; 53, 23; 62, 131;

78, 206). Die Schadensersatzpflicht trifft, wenn während des Bahnbaus unzulässige Einwirkungen (z. B. durch Funkenflug aus Arbeitszügen) auf ein Nachbargrundstück erfolgen, nicht nur den Eisenbahnunternehmer, sondern auch den von ihm mit dem Bahnbau oder der Erweiterung der Bahnanlage (z. B. Legung eines zweiten Gleises) betrauten Bauunternehmer, insbesondere einen solchen, der sich mit Eisenbahnbauten gewerbsmäßig befaßt. Denn diesem fließen infolge der behördlichen Genehmigung der Bahnanlage die Vorteile aus dem Werkvertrag zu, während dem beeinträchtigten Anlieger auch ihm gegenüber die Klage auf Beseitigung oder Unterlassung der Beeinträchtigung versagt ist (RG 97, 292; 98, 347; a. M. OLG 39, 213 für Einwirkungen beim Bau einer Kleinbahn). Die Frist des § 852 BGB gilt auch für die Verjährung dieser Schadensersatzansprüche (RG 70, 150). Im übrigen ist zu ihnen noch zu bemerken: Übermäßige Einwirkungen, welche von Anlagen ausgehen, die dem Eisenbahnbetrieb dienen (z. B. Eisenbahnwerkstätten), führen nur dann zum Ausschluß der Abwehrklage und deren Ersatz durch die Schadensersatzklage, wenn die Anlagen nach Maßgabe eines auf Grund des § 4 EisenbG aufgestellten Plans ministeriell genehmigt worden sind. Wenn die Anlagen nicht in dieser Weise genehmigt sind, ist die Abwehrklage zulässig, mögen auch die Anlagen sich auf dem Eisenbahnkörper befinden (RG 31, 288; 62, 132; Warn 09 Nr 409; 1910 Nr 282; 1917 Nr 143; JW 1914, 937[25]). Dies gilt auch von solchen Anlagen, die nach Fertigstellung einer Eisenbahnlinie gemäß dem ministeriell genehmigten Plan neu errichtet oder wesentlich erweitert werden. Sie bedürfen, um gegen eine Abwehrklage geschützt zu sein, einer neuen Genehmigung, auch wenn sie dem Betrieb der gemäß der früheren Genehmigung hergestellten Eisenbahnlinie dienen (RG 31, 288; 62, 132; JW 1914, 937[25]; Warn 1917 Nr 143). Sind aber die Anlagen genehmigt und durch die Genehmigung für den Eisenbahnbetrieb bestimmt, so ist die Abwehrklage ausgeschlossen und nur die Schadensersatzklage gegeben, ohne daß es der Nachprüfung der Gerichte unterliegt, ob die Anlagen die ihnen von der zuständigen Verwaltungsbehörde gegebene Bestimmung zu erfüllen geeignet und zweckmäßig an der betreffenden Stelle errichtet sind oder besser an einem anderen Ort hätten errichtet werden sollen (RG 31, 288; Warn 1917 Nr 143). Nach § 14 des preuß. Ges. v. 3. 11. 1838 hat der Unternehmer im Rahmen der technischen Ausführbarkeit und der Vereinbarkeit mit den Zwecken des Eisenbahnunternehmens auch andere als die von der Verwaltungsbehörde bestimmten Anlagen zu machen, wenn sie sich nachträglich als zum Schutz der Anlieger nötig herausstellen. Unterläßt er das schuldhaft, so haftet er für die Schadensfolgen seiner Unterlassung (RG 122, 137). Die Haftung findet aber ihre Grenze an der wirtschaftlichen Möglichkeit der Änderung. Wären Einrichtungen, die Abhilfe hätten schaffen können, nur mit einem übermäßig hohen Kostenaufwand möglich gewesen, so haftet der Unternehmer nicht für den aus ihrer Unterlassung entstandenen Einwirkungsschaden. Denn unter solchen Umständen ist die Einwirkung nicht mehr rechtswidrig (RG 122, 138). Diese aus § 14 preuß. Ges. v. 3. 11. 1838 abgeleiteten Rechtsgrundsätze sind durch das Reichsbahngesetz vom 30. 8. 1924/23. 3. 1930 nicht beseitigt. Vielmehr enthält § 37 Abs 5 dieses Reichsgesetzes eine jenem § 14 preuß. Ges. inhaltsgleiche Vorschrift (RG 133, 345). — Handelt es sich nicht um schädliche Einwirkungen im Sinne des § 906, sondern nur um die Entwertung eines Nachbargrundstücks durch Herstellung von Anlagen (z. B. Erweiterung von Festungswerken), so ist ein Schadensersatzanspruch überhaupt nicht gegeben (RG 84, 298). Ebenso stellt bei einem elektrischen Eisenbahnbetrieb, der keine ungewöhnliche oder übermäßige Benutzung des Bahngrundstücks bedeutet, die Entsendung elektrischer Erdströme auf ein Nachbargrundstück noch keine zum Schadensersatz verpflichtende Einwirkung dar, wenn das Nachbargrundstück keine Substanzverletzung erleidet, sondern nur anderweit entwertet wird (RG 133, 342). — Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat aus den erörterten Vorschriften den allgemeinen Rechtssatz hergeleitet, daß **für rechtswidrige Einwirkungen auf das Eigentum** eines andern, auch **ohne** daß dem Einwirkenden ein **Verschulden** zur Last fällt, **überall da Schadloshaltung** geleistet werden muß, **wo infolge einer entgegenstehenden Sonderrechtsnorm,** namentlich zur Wahrung öffentlicher Interessen, dem Eigentümer die ihm nach den Grundsätzen des ordentlichen Rechtes zustehende Befugnis, wegen des Eingriffs **die Abwehrklage** zu erheben, **entzogen ist** (RG 59, 74; 63, 376; 70, 152; 97, 291; 98, 348; 101, 105; JW 05, 131[1]; 1910 S. 580[15]; 619[13]; 1925, 2446[3]; 1926, 364[2]; Warn 1911 Nr 404; 1913 Nr 226; Gruch 66, 608; § 907 A 1; jedoch auch RG 116, 286). Dabei wird, wie in den Fällen der unmittelbaren Anwendung des § 26 GewO (oben), für das Nichterfordernis eines Verschuldens kein Unterschied gemacht zwischen dem nach der Klagerhebung entstehenden und dem bereits vor der Klagerhebung erwachsenen Schaden (RG 58, 130; 70, 150; 100, 72; 101, 102; 104, 85). Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ohne Nachweis des Verschuldens ist, daß sonstige Abwehrmittel gegen die Einwirkung fehlen. Besteht diese Voraussetzung nicht, so kann nur ein Schadensersatzanspruch nach allgemeinen Vorschriften (§§ 823ff. BGB), also bei Nachweis eines Verschuldens in Frage kommen (RG JW 1925, 2446[3]). Ersatzpflichtig ist der, zu dessen Gunsten (z. B. Staat, Gemeinde) der Eingriff erfolgt (RG JW 1925, 2446[3]). Als Haftungsgrund gilt ferner auch eine das Eigentum Dritter ihrer Natur nach beeinträchtigende, im Gewerbebetrieb erfolgte Betriebshandlung (z. B. Funkenflug verursachende Arbeitszüge eines gewerbsmäßigen Eisenbahnbauunternehmers), wenn der Eigentümer nicht auf Einstellung des mit obrigkeitlicher Ge-

nehmigung unternommenen Betriebs klagen kann (RG 17, 103; 97, 293). — Über die Frage, ob und inwieweit diese Grundsätze über den Ausschluß der Abwehrklage nach §§ 903, 906, 1004 und ihren Ersatz durch einen Entschädigungsanspruch auch gegenüber den von einem **Bergwerksbetrieb** ausgehenden Beeinträchtigungen Platz greifen (besonders mit Rücksicht auf §§ 54, 58 PrAllgBergG), vgl. RG 26, 227; 49, 282; 72, 303; 98, 82; 99, 178; 139, 29; JW 1911, 338[45]; Warn 1910 Nr 446; 1911 Nr 220; 1915 Nr 161, 193; Gruch 30, 1008; 55, 1168.

Abgesehen von diesen Fällen kann **Schadensersatz nur nach §§ 823 ff.**, also insbesondere nur unter Nachweis eines Verschuldens verlangt werden (RG 58, 131; 61, 256; 63, 375; 97, 26; OLG 10, 409). Ein Verschulden des Einwirkenden ist aber stets vorhanden, wenn er die unzulässigen Einwirkungen auf das Nachbargrundstück voraussehen konnte (RG 32, 341; Gruch 32, 890; 38, 712; 44, 869; V 25/04). Auch wer die Einwirkung durch einen Dritten schuldhaft veranlaßt hat, haftet auf Schadensersatz. Dieser Fall liegt z. B. vor, wenn jemand für eigene Rechnung eine Fliegerschule unterhält und duldet, daß die Flieger die Grenzen des Flugplatzes überschreiten, die Nachbargrundstücke in geringer Höhe überfliegen und dabei starke Geräusche verursachen (RG 97, 26). — **Klageberechtigt aus § 1004** ist nicht nur der beeinträchtigte Eigentümer und Miteigentümer (§ 1011), sondern auch der Erbbauberechtigte (VO v. 15. 1. 19 § 11), der Nießbraucher (§ 1065), der Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090) und nach Maßgabe des § 1134 auch der Hypothekengläubiger. Mieter und Pächter dagegen können sich mangels eines dinglichen Rechts nur an ihren Vermieter halten (§§ 537 ff., 545). Unter Umständen kann ihnen aber eine Besitzstörungsklage (§§ 868, 858, 862) gegen den Störer gegeben sein (RG 59, 327), z. B. dem Pächter bei schädigenden Einwirkungen auf seine Pflanzungen (RG 105, 215). **Beklagter** ist der Störer. Dies ist zunächst derjenige, der durch seine Benutzung des Nachbargrundstücks die Einwirkungen verursacht. Aber auch derjenige hat als Störer zu gelten, der auf dem Nachbargrundstück einen Zustand schafft oder bestehen läßt, der, wenn auch nur mitwirkend, das die Einwirkungen verursachende Wirken der Naturkräfte ermöglicht, so daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Einwirkung und seiner Willensbetätigung, die nicht die alleinige Ursache zu sein braucht, festzustellen ist (RG 47, 164; 60, 140; 32, 25; 97, 26; JW 1910, 654[18]; 1912, 31; Warn 1917 Nr 245; Gruch 38, 952; 46, 653; 48, 950; SeuffA 60 Nr 140). Regelmäßig wird der Eigentümer des Nachbargrundstücks derjenige sein, der für Überschreitungen des Gebrauchs- und Nutzungsrechts aufzukommen hat (RG 47, 164; Gruch 46, 653; 48, 951; Warn 1917 Nr 245). Doch kann auch ein anderer, sei es allein, sei es zusammen mit dem Eigentümer, als Störer in Anspruch genommen werden, wenn er den die schädlichen Einwirkungen verursachenden Zustand auf dem Nachbargrundstück verursacht hat (RG Gruch 38, 952; Warn 1917 Nr 245). Z. B. kann gegen den Mieter, durch dessen Betrieb die Einwirkung erfolgt, die Klage erhoben werden (RG 45, 297; 97, 26; Warn 1917 Nr 245; 1918 Nr 116; JW 1927, 45[9]). Anderseits kann der Eigentümer auch dann Störer sein, wenn er die beeinträchtigende Handlung nicht selbst vorgenommen, aber trotz des ihm zustehenden Untersagungsrechts die Handlung eines Dritten (z. B. eines Mieters oder eines sonst zur Benutzung der Anlage von ihm Ermächtigten) geduldet hat. Dann kann er allein oder neben dem Dritten verklagt werden (RG 45, 298; 47, 162; JW 00, 840[6]; 01, 52; 04, 142[11]; Gruch 38, 952; 45, 1008; 46, 650; 48, 949; 54, 1008; Warn 1913 Nr 227; 1917 Nr 245; SeuffA 57 Nr 17; OLG 2, 315; 3 S. 11, 181; 5, 71; vgl. auch RG 92, 363). Dies gilt auch im Falle der Störung durch einen Mieter (Pächter), wenn der Eigentümer mit dem Mieter einen Vertrag abgeschlossen hat, wonach der Mieter ihm gegenüber berechtigt sein würde, die störenden Handlungen vorzunehmen. Denn auch in diesem Falle können die Störungen auf den Willen des Eigentümers und Verpächters ursächlich zurückgeführt werden (RG Gruch 46, 650; 48, 929; Warn 1913 Nr 227; 1918 Nr 116). Bei einer in fremdem Auftrag verübten Störung ist die Klage in erster Reihe gegen den Auftraggeber zu richten. Der Beauftragte kann nur verklagt werden, wenn er den eingetretenen Zustand der Beeinträchtigung aus eigener Entschließung und im eigenen Interesse aufrecht erhält (RG 97, 293). Ferner muß der mit der Abwehrklage in Anspruch Genommene der gegenwärtig Beeinträchtigende sein, und von seinem maßgebenden Willen muß die Fortdauer der Beeinträchtigung abhängen (RG 92, 26; 103, 176). Daher ist derjenige, von dessen Grundstück während seiner Besitzzeit Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ausgegangen sind, nicht der richtige Beklagte, wenn er zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr Eigentümer ist und auch sonst keine Verfügungsmacht über das Grundstück hat. Dann kann nur noch ein Schadensersatzanspruch gegen ihn nach § 823, insbesondere unter der Voraussetzung seines Verschuldens, in Frage kommen (RG 103, 176). Zur **Begründung der Klage** genügt der Nachweis der Beeinträchtigung des Eigentums oder des Rechts an dem Grundstück durch Einwirkungen von dem Grundstück des Beklagten aus. Im Falle der Klage auf Unterlassung tritt hinzu die Besorgnis weiterer Störungen, die z. B. dann gegeben ist, wenn die Störung sich trotz Widerspruchs wiederholt (RG JW 1910, 654[12]; Gruch 44, 1095). Zur Begründung der Klage können auch rechtsverletzende Tatsachen, die sich erst im Lauf des Rechtsstreits ereignet haben, ohne Klagänderung herangezogen werden, sofern sie nicht außerhalb des Rahmens des ursprünglichen Klagvortrags fallen (RG 99, 177). Gleichgültig ist, ob der Beklagte die Störung als ein Recht für sich in Anspruch nimmt oder nicht (RG Gruch 44, 1095). Steht die Beeinträchtigung fest, so hat der Beklagte

die Beweislast, wenn er einwendet, die Einwirkung sei unwesentlich oder ortsüblich (A 8). Diesem Einwand kann der Kläger durch die von ihm zu beweisende Replik begegnen, daß die Zuführung durch eine besondere Leitung erfolgt (§ 906 Satz 2). Gegebenenfalls kann er weiter geltend machen, daß er nach besonderer Vereinbarung auch zur Duldung unwesentlicher Einwirkungen nicht verpflichtet sei. Eine solche Vereinbarung hat aber nur dann dingliche Wirkung, wenn sie in das Grundbuch eingetragen ist (§ 873). Anderseits kann der Beklagte einwenden, daß ihm die übermäßige Einwirkung durch Vereinbarung gestattet sei (A 1). Dagegen folgt allein daraus, daß der Kläger bei Errichtung einer Anlage wußte oder voraussehen konnte, die Anlage werde vom Nachbargrundstück eine Beeinträchtigung erfahren, noch kein Verzicht auf den Anspruch aus § 1004 (RG SeuffA 56 Nr 104; JW 04, 487[12]). Auch kann vom leidenden Eigentümer nicht verlangt werden, daß er sich auf einen Gebrauch beschränkt, bei dem die Einwirkungen nicht als erhebliche empfunden werden (RG JW 1912, 589[10]), oder daß er, um der Erheblichkeit vorzubeugen, über gewöhnliche Anforderungen hinausgehende Vorkehrungen trifft (z. B. zur Herabminderung eindringender Geräusche die Fenster seiner Wohnung schließt oder eine Hauswand besonders verstärkt: RG JW 1912, 589[10]; Warn 09 Nr 359; 1911 Nr 187; 1913 Nr 227). Wenn die Einwirkungen aber lediglich deswegen das nach § 906 zu duldende Maß überschreiten, weil der leidende Eigentümer bei dem Gebrauch seines Grundstücks regelwidrig verfährt oder eine den allgemeinen Anforderungen widersprechende Einrichtung trifft (z. B. eine Trennungswand nach dem Nachbargrundstück herstellt, die nicht die polizeilich vorgeschriebene Stärke hat, oder einen Betrieb unmittelbar an der Nachbarwand einrichtet, ohne zur Abwendung von Störungen geeignete und übliche Vorkehrungen zu treffen), so kann er auch die Beseitigung der an sich übermäßigen Einwirkungen nicht verlangen. Denn in Anbetracht der auf die nachbarlichen Verhältnisse zu nehmenden Rücksicht würde in einem solchen Verlangen ein Mißbrauch der dem Eigentümer nach § 903 zustehenden Rechte (§ 903 A 6) zu finden sein (RG JW 1912, 589[10]; Warn 1913 Nr 227; Gruch 34, 476). Über den Fall, daß mehrere als gleichzeitige oder zusammenwirkende Störer in Betracht kommen, vgl. A 10.

Im Falle der **Veräußerung des Grundstücks während des Rechtsstreits** findet § 266 ZPO Anwendung. Der Rechtsnachfolger ist berechtigt und auf Antrag des Gegners auch verpflichtet, den Rechtsstreit zu übernehmen (RG 40, 333; JW 12, 471[17]). Durch Herstellung **abhelfender Einrichtungen während des Rechtsstreits** wird die Verurteilung des Beklagten an sich noch nicht ausgeschlossen. Denn der Kläger hat ein Recht auf dauernden Schutz, der ihm in der Regel nur durch ein die sofortige Zwangsvollstreckung ermöglichendes Urteil gewährt wird. Allerdings darf der Einwirkende nicht mehr verurteilt werden, wenn er beweist, daß Einrichtungen getroffen sind, die nach menschlicher Voraussicht die schädliche Einwirkung auf ein Maß zurückführen, das nach § 906 ertragen werden muß, und daß eine Beseitigung der Schutzeinrichtungen und die Wiederaufnahme des früheren Betriebs nach Lage der Verhältnisse nicht in Frage kommen kann (RG 36, 178; JW 96, 210[37]; 98, 610[41]; 99, 757[38]; 02, 70; 02 Beil 203; 06, 556[25]; 1910, 654[12]; 1911, 326[21]; 1927, 45[9]; Warn 1912 Nr 215; 1917 Nr 245; 1919 Nr 172; Gruch 44, 866; 54, 1008). Soweit dies dargetan wird, ist der Zustand zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr für die Urteilsfindung maßgebend (RG JW 1911, 326[21]). Das gilt anderseits aber auch, wenn **während des Rechtsstreits Verstärkungen** der Einwirkungen (z. B. infolge Ausdehnung des Betriebs auf dem Nachbargrundstück) eintreten. Solche Verstärkungen sind bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen; dem Beklagten liegt die Beweislast dafür ob, daß auch diese Einwirkungen noch nach § 906 zu dulden sind (A 8; RG JW 1911, 326[21]). Die **Einrede der Unmöglichkeit,** den Klaganspruch **zu erfüllen,** greift nicht durch, weil es sich um einen dinglichen Anspruch auf Beseitigung des das Eigentum beeinträchtigenden Zustandes handelt. Der gesetzmäßige Zustand, der dem Berechtigten die ungestörte Ausübung seines Rechts ermöglicht, muß unter allen Umständen hergestellt werden (RG JW 1910, 754[15]). Der Anspruch aus § 1004 ist noch nicht im ganzen **verjährt,** wenn einzelne Einwirkungen schon während rechtsverjährter Zeit stattgefunden haben. Denn er ist durch die letzte Einwirkung neu entstanden (RG Warn 1931 Nr 8). Der aus dieser Einwirkung entstehende Anspruch unterliegt der ordentlichen Verjährung (§§ 194 Abs 1, 195, 198). § 902 kommt nicht zur Anwendung. Denn es handelt sich nicht um einen Anspruch aus einem eingetragenen Recht im Sinne dieser Vorschrift (str.).

§ 907

[1]) **Der Eigentümer eines Grundstücks** [2]) **kann verlangen** [3]), **daß auf den Nachbargrundstücken** [3a]) **nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden** [4]), **von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist** [5]), **daß ihr Bestand oder ihre Benutzung** [6]) **eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat** [7]). **Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann**

die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt [8]).

Bäume und Sträucher gehören nicht zu den Anlagen im Sinne dieser Vorschriften [9]).

E I 864 II 821; M 3 292 ff.; P 3 157 ff.

1. **§ 907 gewährt** dem Grundeigentum **Schutz vor drohenden künftigen Einwirkungen.** Die Eigentumsfreiheitsklage ist danach zunächst in Erweiterung des § 1004 als vorbeugendes Schutzmittel gegenüber einer beabsichtigten, gefahrdrohenden Anlage schon vor dem Eintritt unzulässiger Einwirkungen gegeben (M 3, 294; RG 104, 85). Sie richtet sich auf Unterlassung der Herstellung der Anlage (Prot 3, 159). Ist die Anlage bereits hergestellt und findet von ihr aus eine über § 906 hinausgehende Einwirkung statt, so kann nach §§ 903, 905, 1004 auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung der Störung, also auf Unterlassung der Benutzung der Anlage überhaupt oder in der bisherigen Art geklagt werden (§ 906 A 13). Auch in dieser Hinsicht enthält § 907 eine Erweiterung des Eigentumsanspruchs. Denn der Eigentümer kann, wenn die weitere Benutzung der hergestellten Anlage die Fortdauer unzulässiger Einwirkungen zur notwendigen Folge hat, nicht bloß Unterlassung der Benutzung, sondern auch Beseitigung der Anlage verlangen (Prot 3, 159). Diesen Anspruch hat er selbst dann, wenn die bisherige Einwirkung noch nicht mit einer Schadenszufügung verbunden war (M 3, 295; RG 50, 229). Ein Schadensersatzanspruch kann aber bei übermäßiger Einwirkung auch hier wie sonst nur nach Maßgabe der §§ 823 ff., insbesondere unter der Voraussetzung eines Verschuldens des die Anlage Herstellenden oder Haltenden geltend gemacht werden (RG 50, 228; JW 1911, 764[23]; § 906 A 13). Indessen besteht auch hier wie für den Anspruch aus § 1004 die Möglichkeit, daß das dem gefährdeten Eigentümer nach § 907 zustehende Recht auf Beseitigung einer Anlage zugunsten eines Nachbars entzogen ist durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen (§ 26 GewO; Artt 109, 125 EG) oder durch sonstige Normen des objektiven Rechts, die wegen einer Notstandslage (§ 904) ein Zurückstehen der Ausübung von Privatrechten hinter dem öffentlichen Interesse fordern. Dann kann der von der Entziehung betroffene Eigentümer als Ersatz dafür einen Entschädigungsanspruch gegen den Nachbarn haben, auch ohne daß diesem ein Verschulden zur Last fällt (RG 50, 229; 58, 132; 93, 104; 101, 102; JW 07, 299[1]; 1911, 764[23]; Gruch 66, 479; OLG 18 S. 124, 127; § 906 A 1, 13). Hat jemand z. B. während des Krieges auf einem Grundstück eine Sprengstofffabrik betrieben, von der infolge der durch die Kriegsverhältnisse gebotenen äußersten Ausnutzung der Eintritt von Explosionen mit Sicherheit zu erwarten war, so ist er auch ohne Verschulden zum Ersatz des durch Explosionen den Nachbargrundstücken zugefügten Schadens verpflichtet (RG 101, 102; Gruch 66, 479). Dabei ist, ebenso wie in den Fällen des durch § 26 GewO ausgeschlossenen Abwehranspruchs (§ 906 A 13), hinsichtlich des Nichterfordernisses eines Verschuldens kein Unterschied zu machen zwischen dem vor und nach der Klagerhebung entstehenden Schaden (RG 104, 86). Soweit aber solche öffentlich-rechtlichen Bestimmungen nicht entgegenstehen, kann einerseits der Anspruch aus § 907 auch gegenüber der Anlage einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft geltend gemacht (z. B. gegenüber Kanalisation, Wegebauten, Bedürfnisanstalten einer Stadtgemeinde, Minenlager des Staates: RG JW 00, 639; 01, 52; RG 134, 257; OLG 2, 345), anderseits ein Schadensersatzanspruch nur unter Nachweis eines Verschuldens erhoben werden (RG JW 1911, 764[23]). Über die Zulässigkeit des Rechtswegs für einen Anspruch aus § 907 gegenüber einer beabsichtigten gewerblichen Anlage, die nach §§ 16, 24 GewO der behördlichen Genehmigung bedarf und gegen die im Genehmigungsverfahren (§§ 17 ff. GewO) Einwendungen erhoben sind, vgl RG 13, 55; JW 08, 301[8]; 08, 245[20]. Ist ein Stück von einem Felsenhang zur Herstellung einer Eisenbahnstrecke abgetreten und lösen sich von den Felswänden infolge von Verwitterungen, namentlich beim Betrieb der Eisenbahn, Steine ab, wodurch der Eisenbahnbetrieb gefährdet wird, so kann der Eigentümer des Felsenhangs weder aus § 907 noch aus § 1004 dahin in Anspruch genommen werden, Einrichtungen zu treffen, die das Herabfallen von Steinen in Zukunft verhüten. Denn das Herabfallen der Steine ist weder durch eine von ihm hergestellte Anlage herbeigeführt noch sonst auf seinen Willen zurückzuführen. Es beruht vielmehr lediglich auf der Einwirkung von Naturkräften, für die er keine Vorbedingungen geschaffen hat (RG 134, 230).

2. **Anspruchsberechtigt** aus § 907 sind außer dem **Eigentümer des Grundstücks** auch der Erbbauberechtigte (VO v 15. 1. 19 § 11), der Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2) und der Nießbraucher (§ 1065). Dagegen steht dem Mieter oder Pächter, deren Recht nur schuldrechtlicher Natur ist, ein solcher Anspruch nicht zu (RG 59, 327). Das Bergwerkseigentum ist kein Sacheigentum, auch kein Recht an einem fremden Grundstück, sondern der Inbegriff der Berechtigungen, die dem Zweck der bergmännischen Erzeugung dienen (RG 87, 400; Gruch 59, 1059). Gemäß Art 67 EG bestimmt sich der Inhalt und Umfang der Berechtigungen in Preußen nach § 54 Allg BergG. Daher ist § 907 für das Bergrecht nicht anwendbar, insbesondere nicht auf das nachbarliche Verhältnis zweier Bergwerke untereinander (RG Gruch 59, 1058).

3. Das **Verlangen kann an den Eigentümer des Grundstücks,** auf dem sich die Anlage befindet, auch dann gestellt werden, wenn sie von ihm nur hergestellt ist, aber von einem anderen (z. B. dem Pächter) für eigene Rechnung benutzt wird. Anderseits kann der Anspruch auch gegen einen Dritten geltend gemacht werden, der die Anlage auf dem ihm nicht gehörenden Nachbargrundstück errichtet oder hält (§ 906 A 13). Zur Begründung der Klage müssen die Voraussetzungen des Satz 1 dargetan werden. Der Kläger muß also behaupten und beweisen, daß die Anlage errichtet ist oder hergestellt werden soll und daß von ihr eine unzulässige Einwirkung mit Sicherheit zu erwarten ist. Da jedoch nach § 903 grundsätzlich alle Einwirkungen unzulässig sind, so genügt der Kläger seiner Pflicht, wenn er dartut, daß mit Sicherheit Einwirkungen überhaupt zu erwarten sind. Sache des Beklagten ist es dann, nachzuweisen, daß die Einwirkungen im gegebenen Falle nach Maßgabe von Ausnahmevorschriften, insbesondere nach § 906, vom Eigentümer geduldet werden müssen, also nicht unzulässig sind (str.; RG JW 1910, 20[29]). Auch kann der Beklagte sich darauf berufen, daß seine Anlage den in Satz 2 angeführten landesgesetzlichen Vorschriften genügt (A 8). Zugunsten des Anspruchsberechtigten kann eine einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO (z. B. auf Verbot der Fortsetzung des Baus der Anlage) erlassen werden (OLG 4, 61).

3a. Unter **Nachbargrundstücken** sind nicht nur unmittelbar angrenzende Grundstücke zu verstehen, sondern auch entfernter liegende Grundstücke, sofern sie sich nur innerhalb des Einwirkungskreises der Anlagen befinden (RG JW 1923, 288[5]; § 906 A 6, § 909 A 3, § 917 A 7).

4. **Anlagen** im Sinne des § 907 sind zunächst solche Einrichtungen, die von selbst ohne Hinzutritt einer weiteren menschlichen Tätigkeit einwirken, deren „Bestand" also gefährdend sein kann: z. B. Teiche, Gräben und Kanäle (M 3, 295; Prot 3, 160), die übel riechen oder schmutziges Wasser mit sich führen (RG 51, 254) oder Aufenthalt für schädigende Tiere bieten (RG JW 1910, 654[13]). Ferner gehören hierher aber auch solche Einrichtungen, die erst, wenn sie bestimmungsgemäß verwendet werden, also durch die „Benutzung" einwirken: z. B. Viehställe (RG 51, 254), Backöfen, Rauchfänge (Prot 3 S. 157, 160), Düngergruben (OLG 4, 59), Leichenhäuser (OLG 4, 61) ein zur Benutzung eines Privatwegs des Nachbars angelegter Straßenanschluß (OLG 2, 345), Aufschüttungen von Erd- und Sandmassen (RG 60, 140), Stauvorrichtungen (RG JW 08, 301[8]), eine Kleinbahnanlage mit ungünstigen Steigungs- und Krümmungsverhältnissen (RG JW 07, 299[1]; OLG 18, 123). Immer muß die Anlage aber so geartet sein, daß sie selbsttätig oder unter menschlicher Mitwirkung durch Hinüberleiten ihrer Bestandteile oder Zuführen greifbarer oder doch sinnlich wahrnehmbarer Stoffe die Grenze überschreitet oder zu überschreiten droht (RG 51, 253). Daher fallen nicht unter § 907 solche Anlagen, die sich streng auf der Grundfläche des sie Errichtenden halten, nicht unmittelbar und positiv in das Gebiet des anderen Grundstücks hinübergreifen, wenn sie vielleicht auch durch negative Einwirkungen (z. B. durch Entziehung früher zugeflossenen Lichts, durch Verdeckung einer bisher vorhandenen Aussicht oder Bequemlichkeit, durch die von einem Gebäude verursachten Windstauungen, Wirbel- und Stoßwinde, welche die Leistung einer Windmühle verringern) das andere Grundstück beeinträchtigen (RG 51, 254; 62, 88; JW 09, 161[10]; Warn 1913 Nr 96; Gruch 58, 1028; 65, 612; § 906 A 1). So ist z. B. die Erhöhung oder Tieferlegung einer Straße, durch die den Anliegern lediglich Licht und Aussicht beeinträchtigt oder die bisherige Art der Straßenbenutzung entzogen wird, keine Anlage im Sinne des § 907 (RG 51, 253; OLG 18, 126). Ebensowenig eine mit Feuer- und Explosionsgefahr verbundene Einrichtung, auch wenn durch die Gefährlichkeit des Betriebs der Wert des leidenden Grundstücks herabgesetzt wird (RG 50, 225; OLG 4, 55; § 906 A 1). Schließlich ist nach allgemeinem Sprachgebrauch unter „Anlage" nur ein Werk oder eine Einrichtung von gewisser Selbständigkeit und dauerndem Bestande zu verstehen. Daher fallen z. B. nicht unter § 907: eine einzelne in ein Gebäude eingestellte, mit diesem nicht verbundene Maschine; ein einzelner Fabrikraum, der mit Geräten, Werkzeugen und sonstigen Einrichtungen zur Herstellung von Stoffen versehen ist (RG 51, 253; JW 1912, 752[17]; Gruch 46, 652).

5. Die unzulässige Einwirkung muß **mit Sicherheit vorauszusehen** sein. Die auf die bloße Möglichkeit sich gründende Besorgnis derartiger Einwirkungen genügt nicht (RG 50, 229; 63, 378; JW 02 Beil 203; 1910, 20[29]; HRR 1933 Nr 477). So kann wegen Besorgnis der Einwirkung aus einem benachbarten Minenlager, das aus einem alten Befestigungswerk vom Deutschen Reich ausgebaut ist, weder nach § 907 Abs 1 Satz 1 BGB noch nach § 75 Einl. z. ALR Entschädigung verlangt werden, wenn von dem Minenlager weder mit Sicherheit noch mit höchster Wahrscheinlichkeit eine unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück vorauszusehen ist. Denn wenn der Nachbar sich die Anlage nach den allgemeinen Eigentumsvorschriften gefallen lassen muß, so kann bei ihm auch von einem Opfer an besonderen Rechten und Vorteilen, das einen Entschädigungsanspruch nach § 75 aaO. auszulösen geeignet wäre, nicht die Rede sein (RG 134, 255). Eine mathematische Sicherheit ist nicht zu erfordern. Mit Sicherheit vorauszusehen ist die unzulässige Einwirkung auch dann, wenn sie nach den Lebenserfahrungen mit höchster Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal zu erwarten ist (RG Gruch 59, 476; JW 1923, 289[7]; 1924, 1540[8]).

6. Der **Bestand** oder die **Benutzung** der Anlage muß die unzulässige Einwirkung hervorbringen (A 4). Dies trifft nicht zu, wenn die Anlage nur an einem die Störung allein verursachenden Mangel leidet, der behoben werden kann (z. B. wenn eine Kloake nicht genügend zementiert ist). Dann kann nur auf Grund des § 1004 die Beseitigung des Mangels verlangt werden (RG 63, 378; Gruch 46, 652; OLG 4, 59).

7. **Unzulässige Einwirkungen** sind nicht nur die im § 906 erwähnten, durch unwägbare Stoffe verursachten Einwirkungen, die über die im § 906 gestatteten Grenzen hinausgehen (§ 906 A 1, 5), sondern auch alle sonstigen, das Eigentumsrecht (§§ 903, 905) beeinträchtigenden Einwirkungen, die dem Nachbar weder durch Gesetz (§ 906 A 1; § 903 A 3) noch in Ausübung eines besonderen Rechts gestattet sind (RG 50, 228; Gruch 47, 651; JW 1910, 20[29]). Hierher gehört also auch die Entsendung von festen Körpern, wie Kugeln aus einem Schießstand, Steinen aus einem Steinbruch, Tauben aus Taubenschlägen, Bienen aus Bienenkörben (RG 12, 174; JW 1910, 654[13]; Gruch 45, 1016). Wie aus den Worten „Einwirkung auf das Nachbargrundstück" sich ergibt, muß es sich aber um ein (drohendes) Eindringen auf das Nachbargrundstück unter Überschreitung der Grenze handeln (RG 51, 254; 98, 17; JW 08, 142[12]; 09, 161[10]; SeuffA 59, 124). Diese Voraussetzung liegt z. B. bei der Vertiefung des Grundstücks nicht vor (OLG 29, 339). Deshalb stellt sich auch das durch das bloße Dasein eines Gebäudes auf dem Nachbargrundstück verursachte Zurückwerfen des Windes und des Regens nicht als unzulässige Einwirkung dar. Denn einerseits darf der Nachbar, soweit er nicht durch ein gesetzliches oder polizeiliches Verbot oder durch ein besonderes Recht Dritter gehindert ist, auf seinem Grundstück beliebig Gebäude errichten (§§ 903, 905). Anderseits beruht das Zurückwerfen des Windes und des Regens auf Naturgesetzen, nicht auf einem Hinüberwirken des Gebäudes auf das andere Grundstück; das Gebäude wirkt vielmehr nur abwehrend dabei mit (RG Warn 1914 Nr 57). Dasselbe gilt von einer Bretterwand, die dem Hause auf einem Nachbargrundstück Licht und Luft entzieht oder beeinträchtigt, und von einer lediglich die Aussicht schädigenden Anlage (RG 98, 17; Gruch 56, 115; RG HRR 1931 Nr 939). Über die *Beweislast* hinsichtlich der Zulässigkeit oder der Unzulässigkeit der Einwirkung s. A 3. — Soweit infolge von Anlagen gefährdende Zuflüsse von *Wasser* drohen (z. B. im Falle: Hochwassers eines Flusses; einer mit einem Eisenbahnbetrieb zusammenhängenden Entwässerungsanlage), kommt nach Art 65 EG Landesrecht zur Anwendung (RG JW 1912, 391[12]; Warn 1910 Nr 447). Dasselbe gilt, wenn es sich um Entziehung von Wasser (Grundwasser) durch eine Wasserversorgungsanlage oder durch sonstige Anlagen (z. B. den Bau einer Untergrundbahn) handelt (RG Warn 1913 Nr 96; JW 1932, 1046[8]). Vgl. für Preußen Wassergesetz v. 7. 4. 13 § 285 (Anlagen im Überschwemmungsgebiet gefahrbringender Wasserläufe dürfen nur mit behördlicher Genehmigung hergestellt werden), §§ 41, 200 Abs 1 (s. § 906 A 5), § 331 Abs 2 (Entwässerungsanlagen ohne Entschädigung für die lediglich durch Veränderung des Grundwasserstandes hervorgerufenen Nachteile).

8. Die nach Art 124 EG in Geltung befindlichen **landesgesetzlichen Vorschriften** der im Satz 2 bezeichneten Art (z. B. Licht- und Fensterrecht: §§ 137ff. PrALR I 8; RG Warn 1913 Nr 152; RG SeuffA 86 Nr 70; § 903 A 4) können nicht nur bürgerlich-rechtlicher, sondern auch polizeilicher Natur sein (Prot 3, 159). Dazu gehören z. B.: für Preußen Art 674 Code civil; PrALR I 8 §§ 125—128, 131 (Schweineställe, Kloaken und andere den Gebäuden schädliche Anlagen, Rinnen und Kanäle, Brunnen), § 185 (Entfernung vom Nachbargrundstück bei Bodenerhöhung: OLG 18, 128), auch II 15 § 247 (RG 50, 319); für Bayern Artt 62—66 AG. BGB; §§ 8, 52 AllgBauO v. 17. 2. 01; für Württemberg Artt 219ff. AG.BGB; für Baden Art 18 AG.BGB. Unter den durch Art 124 aufrechterhaltenen landesrechtlichen Beschränkungen des Eigentums „zugunsten der Nachbarn" sind auch diejenigen zu verstehen, die den Begriff des Nachbarrechts (A 3 a) nicht auf die unmittelbar angrenzenden Grundstücke einengen (RG 50, 322; Gruch 66, 478). Im Falle des Satzes 2 ist eine **bereits hervorgetretene unzulässige Einwirkung** (A 7) als Voraussetzung für die Klage bestimmt, weil in der Regel durch die Beobachtung der landesgesetzlichen Vorschriften eine unzulässige Einwirkung verhindert wird (Prot 3, 159). Der *Kläger* hat daher in diesem Falle gegenüber der Berufung des Beklagten auf die landesgesetzliche Vorschrift (A 3) zu *beweisen*, daß eine unzulässige Einwirkung (A 7) erfolgt ist. Dann kann er die Beseitigung der Anlage verlangen. Er braucht sich nicht mit der Unterlassung der Benutzung der Anlage zu begnügen (Prot 3, 160). Hat der Nachbar auf seinem Grundstück ein Sprengstoffmagazin angelegt, das polizeilich genehmigt ist (§§ 1ff. SprengstoffG v. 9. 6. 84), so ist eine unzulässige Einwirkung solange nicht tatsächlich hervorgetreten, als keine Explosion des Sprengstofflagers stattgefunden hat. Bis dahin kann also nach § 907 Abs 1 Satz 2 die Beseitigung der Anlage nicht verlangt werden, abgesehen davon, ob nicht mit Rücksicht auf die polizeiliche Genehmigung schon § 26 RGewO einem solchen Beseitigungsverlangen entgegenstehen würde (RG Warn 1914 Nr 251).

9. Für **Bäume und Sträucher** gelten § 910, § 923 und Art 124 EG (in Preußen § 174 ALR I 8; in Bayern Artt 71—75 AG.BGB). Über Ersatz des Schadens, der durch Umfallen eines morschen Baums einem Nachbargrundstück zugefügt wird: RG 52, 373.

§ 908

Droht einem Grundstücke die Gefahr [1]), daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes [2]), das mit einem Nachbargrundstücke verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen [3]) des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer [4]) von demjenigen [5]), welcher nach dem § 836 Abs 1 oder den §§ 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde [6]), verlangen [7]), daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung trifft [8]).

E II 822; P 3 161, 162.

1. Die **Gefahr** muß **drohen**, daß das Gebäude oder Werk infolge seines Zustandes ganz oder zum Teil nach allgemeinem Naturgesetz in einer das Nachbargrundstück schädigenden Weise zerfällt (RG 70, 206). § 908 findet daher z. B. keine Anwendung, wenn auf dem Nachbargrundstück ein Gewerbebetrieb stattfindet, der mit der Gefahr einer Explosion verbunden ist, die erst den Einsturz zur Folge haben kann. Ist der Schaden bereits eingetreten, so finden die §§ 836 ff. Anwendung (RG 52, 239; JW 1910, 653[11]; 1911, 580[18]; Gruch 57, 973; 58, 192). Zweck der Vorschrift des § 908 ist, zu verhüten, daß der Gefährdete in diesem Falle, wo § 907 Abs 1 nicht anwendbar ist, erst die Schädigung dulden und dann auf Schadensersatz klagen muß (Prot 3, 161).

2. Über den Begriff des **Gebäudes** s. § 912 A 4. Ein **Werk** ist nicht bloß ein eigentliches Bauwerk, sondern jeder einem bestimmten Zweck dienende, nach gewissen Regeln der Kunst oder der Erfahrung hergestellte, mit einem Grundstück verbundene Gegenstand (RG 60, 139; 76, 261; Warn 09 Nr 23; Gruch 57, 972). Beispielsfälle für ein Werk: Tor (RG Warn 1920 Nr 12; SeuffA 57 Nr 62), Fahrstuhl (RG Gruch 60, 132), Firmenschild (RG JW 06, 423[8]), Bahndamm (RG JW 08, 196[10]), Drahtzaun (RG JW 1910, 653[11]; OLG 20, 37), Brunnen, Wasserleitungen, Durchlaß auf einem Bürgersteig (RG 76, 260; JW 1923, 1026[5]), Kanäle, Schleusen (SeuffA 64 Nr 92), Deiche (RG Gruch 58, 192), Telegraphen- und elektrische Stromleitungen (OLG 5, 249; 18, 85), Mauern (OLG 14, 53), Baugerüste (RG JW 1910, 288[21]; SeuffA 76 Nr 116), militärischer Signalmast auf fremdem Grundstück (RG Gruch 57, 972), Drahtseil für eine Drachenwarte (OLG 43, 218), Lichtschacht auf dem Bürgersteig einer städtischen Straße (RG Gruch 58, 1003), Buden und ähnliche zu vorübergehendem Zweck errichtete Baulichkeiten, sofern sie mit dem Grund und Boden verbunden sind (RG JW 1910, 288[21]). Unter Umständen kann auch ein unfertiger Bau (z. B. ein unvollendet gebliebener Rohbau) oder ein wieder in Verfall geratenes Gebäude ein Bauwerk im Sinne des § 908 sein (RG Warn 1912 Nr 78). Nicht aber gehört hierher ein aufgeschütteter Erdhaufen, es sei denn, daß er zu einem bestimmten Zweck (z. B. als Böschung) hergestellt ist (RG 60, 140).

3. **Ablösung** kann nur angenommen werden, wenn sie infolge der mangelhaften Beschaffenheit des Gebäudes oder des Werks eintritt (RG Gruch 57, 973; SeuffA 76 Nr 116). Doch wird der Begriff der Ablösung nicht durch jede Mitwirkung menschlicher Kraft ausgeschlossen. In den meisten Fällen wird vielmehr die Ablösung sich in der Weise vollziehen, daß zu der fehlerhaften Beschaffenheit noch die Einwirkung menschlicher Tätigkeit hinzukommt (z. B. Anlehnen an einen ungenügend befestigten, Stützen auf einen nicht tragfähigen, ungewolltes Anstoßen an einen mangelhaft verbundenen Teil). Entscheidend aber ist, ob der Grund des Ablösens wesentlich in der mangelhaften Beschaffenheit zu sehen ist. Beispielsfälle in RG Gruch 57, 974: Herausziehen eines ordnungswidrig lose eingefügten Nagels durch ein Kind, das die Folgen nicht erkennt; Warn 1919 Nr 169: Herunterfallen eines Ziegelsteins von einem schadhaften Dach bei der Ausbesserung; Warn 1920 Nr 12: Umfallen eines mit einem Wagen angefahrenen, lose in einem Tor hängenden Torflügels; RG 113, 292: allmähliche Lockerung der ein Oberfenster festhaltenden Riegel durch Erschütterungen. Auch wenn sich das Ablösen schließlich durch die Tätigkeit eines Tieres vollzieht, ist unter jener entscheidenden Voraussetzung eine Ablösung nach § 908 gegeben (RG Gruch 57, 974). Überhaupt kann dies der Fall sein, wenn ein zu der mangelhaften Beschaffenheit hinzutretender, von außen kommender Anstoß das Ablösen mitverursacht (RG Gruch 58, 193: Durchbruch eines Deiches infolge einer Wasserflut). Daher droht eine Ablösung auch dann, wenn zwar die mangelhafte Beschaffenheit des Gebäudes oder des Werks für sich allein noch nicht das Ablösen von Teilen besorgen läßt, wenn aber die mangelhafte Beschaffenheit derart ist, daß beim Hinzutreten eines von außen kommenden nicht ungewöhnlichen Anstoßes, sei es durch menschliche Tätigkeit sei es durch eine andere Bewegung verursachende Kraft, das Ablösen wahrscheinlich ist und im Falle des Ablösens die mangelhafte Beschaffenheit als die Hauptursache zu erachten wäre. Ablösung ist nicht bloß die vollständige Trennung des Teiles vom Ganzen, sondern umfaßt alle Fälle, in denen ein Teil einstürzt oder zerbricht (RG 52, 238; RG JW 04, 486[9]; 1912, 242[10]; OLG 4, 285; 5, 249; 9, 45). Sie erfordert auch nicht, daß die Aufhebung des Zusammenhangs, wie es beim Abbrechen oder Abreißen der Fall zu sein pflegt, unter teilweiser

Zerstörung oder Vernichtung des Gebäudes oder des Werks vor sich geht, sondern nur, daß ein Teil von diesem losgelöst wird (RG Gruch 57, 974; Warn 1920 Nr 12). **Teile** eines Gebäudes sind alle, nicht bloß die wesentlichen Bestandteile des Gebäudes (OLG 12, 278), mögen sie auch nicht fest verbunden sein, z. B. Fußböden, Decken (OLG 4, 285), Steinfliesen (RG 52, 238; 76, 260), Treppe, Treppengeländer (RG 59, 8; Warn 1913 Nr 13; OLG 18, 86), Brett eines Bodenbelags (RG JW 1912, 242[10]), Gesimsstücke (RG JW 03 Beil 115; 04, 487[11]; OLG 9, 47), Putzstücke (RG Warn 1916 Nr 78), morsche Dielen (RG Warn 1916 Nr 223), Dachfenster (RG JW 07, 45[4]; Warn 1914 Nr 55), Dachaufsätze (RG JW 04, 91[10]), Dachziegel (RG Warn 1919 Nr 169), Fensterläden (RG 60, 421), Kette eines Klappfensters, Aufziehgurt einer Jalousie (RG Gruch 57, 975), durch Riegel festgehaltenes Oberfenster (RG 113, 292), Beleuchtungskörper (RG Warn 1915 Nr 233), Fensterscheiben (OLG 5, 249), Rolladenstücke (OLG 14, 52), Torflügel (RG Warn 1920 Nr 12; OLG 14, 53), Fahnenstangen (OLG 12, 277), Telegraphenstangen (OLG 5, 246), Drähte einer elektrischen Leitung (SeuffA 64 Nr 30). Teil eines Werks ist z. B. das Tragseil eines Fahrstuhls (RG Gruch 60, 132). Für die Anwendung des § 908 können aber nur solche Gegenstände in Betracht kommen, die bereits endgültig in das Gebäude oder Werk verbaut und baumäßige Teile geworden sind, nicht Gegenstände, mit deren Einfügung erst begonnen ist (RG Warn 1912 Nr 78). Soweit es sich um eine einzelne Sache handelt, muß eine nicht bloß äußerliche, mechanische, sondern eine der Bildung und dem Zweck des Ganzen dienende Verbindung vorliegen, bei der die Sache zur Herstellung des Gebäudes oder des Werks eingefügt oder sonstwie aus baulichen Gründen oder zu baulichen Zwecken an ihm angebracht ist. Daher ist z. B. nicht Gebäudeteil ein Spiegel, der nicht an einer angepaßten Stelle in die Wand eingelassen, sondern nur an der Wand aufgehängt und unten durch eiserne Klammern gestützt ist (RG 107, 337).

4. **Klageberechtigt** ist, da die drohende Gefahr als eine Beeinträchtigung des Eigentumsrechts gilt, außer dem **Eigentümer** der Miteigentümer (§ 1011). Wenn ihr Nutzungsrecht an dem Grundstück gefährdet ist, sind klageberechtigt auch der Erbbauberechtigte (VO v. 15. 1. 19 § 11), der Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2), der Nießbraucher (§ 1065).

5. Der **Anspruch** richtet sich nicht gegen den Eigentümer des Gebäudes oder Werks als solchen, sondern **gegen den Eigenbesitzer** (unmittelbaren oder mittelbaren: §§ 854, 868) **des Nachbargrundstücks** (§§ 836 Abs 1 u. 3, 872) oder **gegen den, der auf fremdem Nachbargrundstück** in Ausübung eines eigenen Rechts **ein Gebäude oder ein anderes Werk besitzt** (§ 837), oder **gegen den, der die Unterhaltung** des Gebäudes oder eines anderen Werks **für den Eigentümer** übernommen hat oder vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts dazu verpflichtet ist (§ 838). Was den ersten Fall (Eigenbesitzer) anlangt, so kann der Eigentümer nicht in Anspruch genommen werden, wenn er nicht den Besitz des Grundstücks hat. Denn er wird dann unter Umständen von dem gefahrdrohenden Zustand des Gebäudes oder Werks keine Kenntnis haben; auch wird ihm die Instandhaltung nicht obliegen. Auch der frühere Besitzer kann nicht belangt werden, obwohl er nach § 836 Abs 2 für den eintretenden Schaden ebenfalls verantwortlich sein würde. Denn der Abs 2 § 836 ist hier nicht zitiert. Im zweiten Falle (§ 837) kommt es an sich nicht darauf an, ob das Recht, in dessen Ausübung das Gebäude oder Werk besessen wird, ein dingliches (z. B. Erbbaurecht) oder ein persönliches (z. B. Pacht) ist (RG Warn 1910 Nr 154; RGSt JW 04, 581[16]). Wie sich aus dem Zusammenhalt von § 837 mit § 836 ergibt, ist aber erforderlich, daß der auf Grund eines eigenen Rechts an dem Gebäude oder Werk ausgeübte Besitz abgesondert von dem Besitz an dem Grundstück besteht, wie in dem Falle des § 95, in dem in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück ein Gebäude mit diesem verbunden ist, und daß dem Besitzer des Gebäudes oder Werks auch die Sorge für dieses obliegt (z. B. weil er es als Pächter, als Bauunternehmer errichtet hat: RG 59, 8; JW 1910, 653[11]; Warn 1910 Nr 154). Daher ist nicht Besitzer im Sinne des § 837 z. B.: der Mieter eines dem Grundstückseigentümer gehörenden Hauses; der Pächter eines Grundstücks hinsichtlich eines Werks, das sich bereits zu Beginn der Pacht auf dem Grundstück (vom Eigentümer oder früheren Pächter errichtet) befunden hat (RG 59, 8; JW 1910, 653[11]; vgl. jedoch RGSt JW 04, 581[16]). In dem dritten Falle (§ 838) kann neben dem Unterhaltungspflichtigen (z. B. Nießbraucher, Wohnungsberechtigten: Prot 2, 657; Grunddienstbarkeitsberechtigten: § 1020; RG Gruch 58, 1003; nutznießungsberechtigten Ehemann: §§ 1363, 1373; Vater: §§ 1649, 1654; Mutter: §§ 1684, 1686) auch der Eigenbesitzer des Grundstücks in Anspruch genommen werden, sofern er ebenfalls für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde (RG Gruch 58, 1004; Warn 1915 Nr 233).

6. **Verantwortlich** würden beim Eintritt einer Schädigung die in A 5 bezeichneten Personen nach § 836 Abs 1 Satz 1, 2 nur dann sein, wenn der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung (RG 113, 292; Warn 1913 Nr 13) wäre und wenn von ihnen nicht der Beweis geführt würde, daß sie zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben (RG 113, 296). Nur unter diesen Voraussetzungen kann daher auch die Klage aus § 908 gegen sie durchdringen. Allerdings ist in der Entscheidung RG Gruch 60, 134, die RG Warn 1914 Nr 334 folgt, für einen Anspruch auf Schadenersatz auch § 829 als anwendbar erklärt und der verschuldensunfähige (z. B. wegen Geisteskrankheit entmündigte) Eigentümer für haftbar erachtet, gleichviel ob er einen gesetzlichen Vertreter hat oder

nicht. Fehlerhafte Errichtung liegt vor, wenn das Gebäude oder Werk infolge der Art und Weise seiner Errichtung den daran zu stellenden Anforderungen nicht genügt, mag auch kein Kunstfehler bei der Errichtung vorgekommen sein (RG 76, 260; SeuffA 57 Nr 62). Mangelhafte Unterhaltung wird nicht nur dann anzunehmen sein, wenn nichts gegen einen allmählichen Verfall veranlaßt ist, sondern auch dann, wenn der durch ein plötzlich eintretendes Naturereignis (z. B. Explosion, Erdbeben, Feuer) herbeigeführte gefahrdrohende Zustand nicht alsbald beseitigt wird. Doch wird der Besitzer, der nicht selbst Sachverständiger ist, bei der Errichtung des Gebäudes oder Werks die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt in der Regel beobachtet haben, wenn er einen tüchtigen Sachverständigen zur Herstellung gewählt hat (RG 74, 22; 76, 262; Warn 09 Nr 302; 1920 Nr 12; OLG 4, 281; 9, 47). Zur sorgfältigen Unterhaltung gehört, daß die zur Verhütung von Gefahren üblichen Maßnahmen getroffen und regelmäßig Nachprüfungen vorgenommen werden (RG JW 04, 91[10]; 04, 487[11]; 07, 45[4]; OLG 3, 27). Die Anstellung eines zur gehörigen Unterhaltung befähigten Sachverständigen genügt nicht. Auch die Ausführung des Auftrags muß überwacht werden (RG JW 06, 336[12]; RG 113, 297; aber auch RG Warn 1910 Nr 333).

7. Zur Begründung des **Verlangens** muß der Gefährdete dartun, daß die Gefahr droht und der Beklagte zu den (in A 5 bezeichneten) Personen gehört, die im Falle des Eintritts der Schädigung wegen fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung verantwortlich sein würden (A 6; RG 52, 129; 70, 206; JW 07, 16[10]; Gruch 50, 979; Warn 1920 Nr 12). Dem Beklagten bleibt überlassen, den Einwand aus § 836 Abs 1 Satz 2 zu erheben (RG JW 04 S. 91[10], 487[11]; 06, 336[12]; 07, 45[4]; Warn 1913 Nr 13; 1920 Nr 12; Gruch 50, 979; 56, 961). Besteht eine Verantwortlichkeit für den gefahrdrohenden Zustand nicht, so kann für den Gefährdeten ein Recht auf Selbstschutz nach § 228 gegeben sein. Der Anspruch aus § 908 ist nach § 924 unverjährbar.

8. Die **Vorkehrungen**, die der Beklagte treffen soll, brauchen weder in der Klage noch im Urteil einzeln angegeben zu sein. Vielmehr ist die Wahl geeigneter Maßnahmen dem Beklagten zu überlassen (RG 37, 174; 40, 184; 65, 76; Gruch 40, 1097). Unter Umständen kann auch ein völliger Abbruch des Gebäudes oder des Werks erforderlich sein (RG 65, 76).

§ 909

Ein Grundstück darf nicht [1]) in der Weise vertieft werden [2]), daß der Boden des Nachbargrundstücks [3]) die erforderliche Stütze verliert [4]), es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Befestigung [5]) gesorgt ist [6]) [6a]).

E I 865 II 823; M 3 295 f.; P 3 162.

1. Die Tragweite der Vorschrift ergibt sich aus zwei Erwägungen: Erstens sind die Worte „**darf nicht**" von der 2. Kommission nur in redaktioneller Änderung an die Stelle von „unzulässig" gesetzt (Prot 3, 162). Zweitens schließt sich § 909 an die §§ 904ff. an, die Beschränkungen des Eigentums an Grundstücken regeln. Daraus ist zu entnehmen, daß es sich auch hier um ein Verbot handelt, das eine Eigentumsbeschränkung zugunsten des Nachbargrundstücks enthält und dessen Übertretung eine Störung des Rechts des am Nachbargrundstück Berechtigten im Sinne des § 1004 bedeutet (RG 103, 175; Gruch 58, 663). Deshalb kann, wenn die Störung durch Vornahme der unzulässigen Vertiefung erfolgt ist, die Beseitigung der Beeinträchtigung, also die Bewirkung von Vorkehrungen verlangt werden, wodurch der nach § 909 als gefahrdrohend und das Recht des Nachbars beeinträchtigend anzusehende Zustand der Vertiefung behoben wird (RG 103, 175). Sind weitere Störungen dieser Art zu besorgen, so kann auf Unterlassung geklagt werden. Diese Ansprüche sind, wenn die unzulässige Vertiefung bei der Ausführung eines Baues erfolgt, nicht deswegen ausgeschlossen, weil für den Bau eine baupolizeiliche Erlaubnis erteilt worden ist. Denn dabei wird der Bauplan nur vom baupolizeilichen Standpunkt aus geprüft und genehmigt (RG Warn 1914 Nr 85). Die Ansprüche richten sich nach den für Eigentumsfreiheitsansprüche allgemein geltenden Grundsätzen zunächst gegen den, der die Störung, also die unzulässige Vertiefung, selbst oder durch einen andern vorgenommen hat. Ob er der Eigentümer ist oder ein Dritter, dem die Verfügungsmacht über das vertiefte Grundstück zusteht (z. B. Besitzer, Inhaber, Nutzungsberechtigter), ist dabei gleichgültig (RG 103, 176). Sodann richten sich die Ansprüche aber auch gegen denjenigen, der den bereits vorgefundenen gefahrdrohenden Zustand wissentlich bestehen läßt, obwohl er zu seiner Beseitigung rechtlich und tatsächlich in der Lage ist (z. B. den Sondernachfolger des vertiefenden Eigentümers: OLG 4, 62; 18, 129; SeuffA 64 Nr 70). Denn nach dem Wortlaut des Gesetzes ist auch der durch das Vertiefen geschaffene Zustand unstatthaft; das Bestehenlassen dieses gefahrdrohenden Zustandes bewirkt eine Beeinträchtigung des Eigentums (RG Warn 09 Nr 143; jedoch auch 09 Nr 455). Wie jeder Abwehranspruch gegen jemanden, der eine beeinträchtigende Handlung vorgenommen hat, ist aber auch der Anspruch gegen denjenigen, der das Grundstück unzulässig vertieft hat, nur dann gegeben, wenn die Fortdauer der Störung von dem maßgebenden Willen des Störenden abhängig ist; denn der Abwehranspruch setzt eine gegenwärtige Beeinträchtigung voraus (RG 92, 26; 103, 176). Wer während

seines Eigentums am Grundstück die unzulässige Vertiefung vorgenommen hat, ist also gegenüber der Abwehrklage nicht der richtige Beklagte, wenn er zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr Eigentümer ist und auch sonst keine Verfügungsmacht über das Grundstück hat; dann kann nur noch ein Schadensersatzanspruch gegen ihn in Frage kommen (RG 103, 173; OLG 4, 65; 18, 129). Daran ändert es auch nichts, wenn der gegenwärtige Eigentümer dem vertiefenden früheren Eigentümer erlaubt hat, die zur Beseitigung der unzulässigen Vertiefung erforderlichen Arbeiten auf dem nunmehr ihm gehörigen Grundstück vorzunehmen. Denn zur Rechtfertigung der Abwehrklage genügt es nicht, daß der Beklagte die tatsächliche Möglichkeit zur Beseitigung der Vertiefung hat; vielmehr ist Voraussetzung, daß ihm die Verfügungsmacht über das Grundstück zusteht (RG 103, 177). Dem Beklagten ist zu überlassen, welche Maßnahmen er treffen, ob er die Vertiefung zuschütten oder sonstige zur Beseitigung der Gefahr geeignete Vorkehrungen veranlassen will (§ 908 A 8). Eine Begrenzung des Anspruchs auf Vornahme von Befestigungsarbeiten oder sonstigen bestimmten Sicherungsmaßregeln würde den Beklagten in der Wahl der Vorkehrungen unzulässig beschränken (§ 906 A 13; a. M. OLG 5, 151). — Ein Schadensersatzanspruch besteht nur nach Maßgabe der §§ 823ff., insbesondere im Falle des Verschuldens (RG 51, 179; 103, 176; JW 1910, 74[32]; 1911, 764[23]; Warn 1912 Nr 385; Gruch 50, 680; 25. 10. 05 V 114/05; 28. 2. 06 V 366/05; 21. 3. 06 V 145/05; a. M. OLG 5, 151). Das gilt auch dann, wenn die unzulässige Vertiefung bei der Ausführung eines Baus erfolgt, zu dem eine baupolizeiliche Erlaubnis erteilt worden ist (RG Warn 1914 Nr 85). Dabei ist § 909 als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 anzusehen (RG 51, 179; 63, 327; Warn 1912 Nr 385; 23. 11. 10 V 641/09). Ein Verschulden kann darin gefunden werden, daß der Vertiefende vorausgesehen hat oder bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte voraussehen müssen, der Boden des Nachbargrundstücks werde die erforderliche Stütze verlieren, daß er aber nicht gehörige Vorkehrungsmaßregeln zur Abwendung der Gefahr getroffen hat (RG 62, 371; Warn 1915 Nr 50). Dies gilt namentlich dann, wenn eingetretene Schäden und Warnungen des Geschädigten während der Vertiefungsarbeiten nicht genügend berücksichtigt werden (RG Warn 1912 Nr 385; 21. 3. 06 V 145/05; 15. 2. 11 V 220/10; RG 132, 59). Ist es der Eigentümer eines Nachbargrundstücks, der Vertiefungsarbeiten (z. B. Ausschachtungen zur Ausführung eines Baus) vornehmen läßt, so wird er seiner Pflicht zur Vornahme geeigneter Vorkehrungen nicht dadurch ledig, daß er die Herstellung der Anlage einem Unternehmer überträgt. Vielmehr hat er den Unternehmer darauf hinzuweisen und nach der Übertragung darauf zu achten, daß bei der Ausführung der Arbeit die durch den § 909 angezeigte Rücksicht auf das Nachbargrundstück nicht außer acht gelassen wird (RG JW 1910, 150[15]; 1911, 939[1]; Warn 1910 Nr 18; vgl. aber auch Warn 1912 Nr 385). Läßt eine Stadtgemeinde durch einen technischen Beamten, der nicht ihr Vertreter ist, Vertiefungsarbeiten auf ihrem Straßengelände vornehmen, so muß sie, um von der Schadensersatzpflicht frei zu sein, dartun, daß sie bei der Leitung und Beaufsichtigung der Ausführung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe (RG JW 1911, 939[1]; Warn 1910 Nr 18; vgl. aber auch Warn 1910 Nr 21). Hiernach ist jedenfalls nicht die allgemeine Regel aufzustellen, daß der Bauherr seiner Verpflichtung genügt, wenn er für die Ausführung und Leitung des Baues tüchtige Vertreter bestellt. Der Bauherr muß vielmehr im Einzelfall durch Verhandlung mit dem Bauunternehmer oder dem Architekten sich vergewissern, daß die ihm obliegende Pflicht aus § 909 durch jene Leute auch wirklich erfüllt wird (RG 132, 59). Auch eine Unterlassung noch während des Baues kann insoweit eine unerlaubte Handlung darstellen (RG 132, 60). — Durch Vereinbarung der Beteiligten können die Ansprüche wegen unzulässiger Vertiefung ausgeschlossen werden, wie ja auch die Rechte des Nachbars bei Einwirkungen über § 906 hinaus vereinbarungsgemäß erweitert werden können (RG JW 09, 725[20]; § 906 A 1).

2. Verboten ist nur, daß das Grundstück **in der** vom Gesetz angegebenen **Weise vertieft** wird. Alle anderen Vertiefungen sind gestattet, soweit nicht landesgesetzlich (Art 124 EG) weitere Beschränkungen bestimmt sind. Liegt eine Vertiefung im Sinne des § 909 vor, so ist sie auch dann unzulässig, wenn sie sich in dem etwa landesgesetzlich bestimmten Abstand von der Grenze hält. Denn in dieser Hinsicht ist das Reichsrecht maßgebend. Auf die Art der Vertiefung kommt es im übrigen nicht an. Die Vertiefung braucht auch nicht von gewisser Dauer zu sein; eine vorübergehende Vertiefung (z. B. das stückweise Ausheben von Fundamentgruben zu sofortiger Wiederauffüllung) kann genügen (RG 51, 179; SeuffA 64 Nr 70).

3. Unter **Nachbargrundstück** ist nicht nur ein Grundstück zu verstehen, das unmittelbar an das andere Grundstück grenzt, sondern nach dem Zweck des § 909 auch ein entfernter gelegenes (z. B. durch einen Weg geschiedenes) Grundstück, sofern nur die Vertiefung des andern Grundstücks ihm die erforderliche Stütze entziehen kann (RG JW 1910, 150[15]; Gruch 66, 478).

4. Eine Vertiefung ist nur dann unzulässig, wenn der Boden des Nachbargrundstücks **die erforderliche Stütze verliert** (A 1). Unter „Stütze" ist aber nicht nur die vertikale Festigung zu verstehen, welche die benachbarten Grundstücke sich gegenseitig durch das Erdreich gewähren und wodurch das seitliche Abstürzen und Nachstürzen verhütet wird, sondern auch die horizontale Stütze, die ein Grundstück in seinen unteren Bodenschichten findet und die ein Einstürzen, ein Zusammensinken verhütet (RG Warn 1914 Nr 20). Andere schädliche Wirkungen (z. B. Sinken

des Grundwassers, Versiegen des Brunnenwassers) machen für sich allein die Vertiefung nicht zu einer unzulässigen (RG 62, 372; OLG 42, 276). Ihre Unzulässigkeit kann sich aber hinsichtlich der unterirdischen Wasser ergeben aus dem hierfür nach Art 65 EG maßgebenden Landesrecht (§ 905 A 1, § 906 A 5 „Wasser"). In welcher Art indessen dem Boden die erforderliche Stütze entzogen sein muß, wird im § 909 nicht unterschieden. Deshalb kann auch eine Vertiefung durch Entziehung von Grundwasser nach § 909 unzulässig sein, wenn dem Boden dadurch (sei es allein, sei es in Verbindung mit Entziehung einer Fließsandschicht, z. B. durch starkes Pumpen) die Festigkeit und Tragfähigkeit genommen (RG 62, 372; JW 1910 S. 74[32], 150[15], 330[3]; 1911, 939[1]; 1913, 267[7]) oder ein Zusammensinken des Bodens (z. B. eines Moorbodens) verursacht wird (RG Gruch 58, 664). Ist auf solche Weise der Tatbestand des § 909 gegeben, so kommt diese Vorschrift stets zur Anwendung, mag die Entziehung von Grundwasser nach landesgesetzlichen wasserrechtlichen Bestimmungen sonst auch zulässig sein (RG Warn 1914 Nr 20).

5. **Gesorgt für anderweitige genügende Befestigung** ist schon dann, wenn zwar noch nicht die zur Verhütung des Einsturzes erforderlichen Sicherungsmaßregeln, wohl aber die nach den gegenwärtig obwaltenden Verhältnissen zu erfordernden Schutzvorkehrungen (z. B. vorbereitende Maßregeln) getroffen sind. Die Vorkehrungen müssen auf dem Grundstück getroffen werden, das vertieft werden soll. Der Vertiefende hat kein Recht darauf, daß der Eigentümer des Nachbargrundstücks Vorkehrungen auf diesem duldet. Unter Umständen kann aber in der Weigerung des Eigentümers ein Mitverschulden im Sinne des § 254 Abs 2 zu finden sein, das zwar nicht den Unterlassungsanspruch, wohl aber einen Schadensersatzanspruch (A 1) ausschließen oder beschränken kann (RG JW 1910, 330[3]; 23. 11. 10 V 641/09). Für die Frage, welche Befestigungen erforderlich sind, um eine an sich nach § 909 verbotene Vertiefung zuzulassen, sind die besonderen Verhältnisse des Nachbargrundstücks zur Zeit der Vornahme der Vertiefung maßgebend. Das Gesetz macht in dieser Hinsicht keine Unterschiede je nach der Art der Beschaffenheit des Nachbargrundstücks. Daher wird der Anspruch (A 1, 6) auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein durch die Vertiefung betroffenes Haus auf dem Nachbargrundstück in mangelhaftem Zustand sich befindet. Vielmehr müssen in einem solchen Falle zur Verhütung des Einsturzes besonders sorgfältige Vorkehrungen getroffen werden (str.; RG JW 1910, 330[3]; 1925, 2238[12]; Warn 1910 Nr 23; 1912 Nr 385). Der Nachbar muß aber nicht deswegen, weil mit dem Eintritt von Schäden von vornherein zu rechnen ist, stets die Vertiefung unterlassen oder Schadensersatz leisten. Vielmehr gilt dies nur dann, wenn von vornherein die technische Unmöglichkeit, für die Befestigung des Bodens zu sorgen, feststeht (RG 62, 370; JW 1911, 764[23]; Warn 1912 Nr 385). Eine positive gesetzliche Verpflichtung zur anderweitigen Sicherung ergibt sich aus § 909 nicht; das Verbot der unzulässigen Einwirkung auf das Grundstück fällt vielmehr insoweit weg, als für jene Sicherheit gesorgt ist (RG 132, 58) . Eine Vorschrift, wonach bei Vertiefungen eine bestimmte Entfernung von der Grenze des Nachbargrundstücks einzuhalten wäre, ist im BGB (vgl. für Landesrecht Art 124 EG; § 187 PrALR I 8) nicht gegeben (RG JW 1911, 280[11]).

6. Wegen der unzulässigen Vertiefung sind **anspruchsberechtigt** außer dem Eigentümer und Miteigentümer des Nachbargrundstücks der Eigenbesitzer (§ 872), Erbbauberechtigte (VO v. 15. 1. 19 § 11), Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2), Nießbraucher (§ 1065). Da § 909 eine Ausnahme von dem nach §§ 903, 905 geltenden Grundsatz der Unbeschränktheit der Befugnisse des Eigentümers ist, muß der Kläger beweisen, daß durch die Vertiefung der Boden die erforderliche Stütze verliert. Der **Beklagte** kann sich durch den Beweis befreien, daß für eine genügende anderweitige, wenn auch von einem Dritten vorgenommene Befestigung gesorgt ist.

6a. Erhöhungen des Grundstücks fallen nicht unter § 909, ebensowenig das Niederreißen eines Gebäudes, sofern keine Vertiefung im Sinne des § 909 damit verbunden ist. Erhöhungen sind nach §§ 903, 905 unbedingt zulässig. Wenn sie sich aber als „Anlagen" im Sinne des § 907 darstellen und auf das Nachbargrundstück unzulässig einwirken (vgl. § 907 A 4), so findet diese Vorschrift Anwendung. Wegen des durch Niederreißen eines Gebäudes entstandenen Schadens kann ein Ersatzanspruch nach § 823 Abs 2 begründet sein, wenn die erforderlichen Schutzvorkehrungen (§ 367 Nr 14 StGB) unterlassen sind (RG 51, 178; 70, 206; JW 00, 672[39]).

§ 910

Der Eigentümer eines Grundstücks kann [1]) Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches [2]), die von einem Nachbargrundstück eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das gleiche gilt von herüberragenden Zweigen [3]), wenn der Eigentümer dem Besitzer [4]) des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist [5]) zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt.

Dem Eigentümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung [6]) des Grundstücks nicht beeinträchtigen [7]).

E I 861 II 824; M 3 287, 288; P 3 138—148.

1. § 861 E I gab dem Grundstückseigentümer, wenn Zweige oder Wurzeln vom Nachbargrundstück herüberragten, die Eigentumsfreiheitsklage auf Beseitigung des Herüberragenden, weil das Hinüberwachsen zwar nur eine mittelbare, nicht auf menschlicher Tätigkeit beruhende Einwirkung sei, aber doch eine Beeinträchtigung des Eigentums enthalte (M 3, 287). Die 2. Kommission, auf deren Beschlüssen § 910 beruht, erachtete die Gewährung eines Anspruchs auf Beseitigung für unpraktisch und auch für nicht genügend gerechtfertigt, weil die Bäume und Sträucher aus natürlichen Gründen hinüberwachsen und ein widerrechtlicher Eingriff nicht vorliege. Deshalb sollte dem Eigentümer nur das Selbsthilferecht gegeben sein. Aber auch dieses sollte, um Schutz gegen das zwecklose Beschädigen von Bäumen zu gewähren, ausgeschlossen sein, wenn das Hinüberragen die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtige. Ferner sollte bezüglich der hinüberragenden Zweige, weil dem Nachbar daran liegen könne, das Ausästen selbst vorzunehmen, die aus Abs 1 Satz 2 § 910 ersichtliche weitere Einschränkung gelten, wonach erst nach vergeblicher Aufforderung des Nachbars das Selbsthilferecht sollte ausgeübt werden dürfen (Prot 3 S. 141—143). Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich zunächst: **Der Grundstückseigentümer kann** lediglich das Selbsthilferecht ausüben, und zwar bei hinüberragenden Wurzeln oder Zweigen nur unter der Voraussetzung der beeinträchtigenden Einwirkung (Abs 2), bei Zweigen auch nur unter der aus Abs 1 Satz 2 sich ergebenden weiteren Voraussetzung. Eine Eigentumsfreiheitsklage auf Beseitigung der Wurzeln oder Zweige aus § 1004 steht ihm nicht zu (OLG 2, 141). Weiter folgt aus den Eingangserwägungen, daß eine solche Klage auch anderen dinglich Berechtigten (z. B. Erbbauberechtigten, Nießbrauchern, Dienstbarkeitsberechtigten) versagt ist. Denn sie können nicht mehr Rechte als der Eigentümer haben, von dem sie ihre Rechte ableiten. Überdies ist nach dem Willen des Gesetzes das natürliche Hinüberwachsen keine beeinträchtigende Störung im Sinne des § 1004 (str.). Abgesehen von dem Erbbauberechtigten (VO v. 15. 1. 19 § 11) ist ihnen aber auch die Ausübung der Selbsthilfe aus eigenem Recht zu versagen. Denn das Selbsthilferecht ist als eine ausschließlich mit dem Eigentum verbundene Befugnis gewährt. Der Eigentümer hat allein darüber zu bestimmen, ob die Beseitigung erfolgen soll oder nicht. Die Frage der Beeinträchtigung (Abs. 2) kann auch nur nach der Beschaffenheit des Grundstücks in seiner Gänze beurteilt werden (str.). — Der Eigentümer kann die Beseitigung jederzeit vornehmen. Hinsichtlich der Zweige s. jedoch A 5. Verfährt er bei der Beseitigung nicht sorgfältig (z. B. heimlich, so daß der Nachbar keine geeigneten Maßnahmen treffen kann, damit der Baum nach dem Abschneiden der Wurzeln seine Standfestigkeit behält, und fällt der Baum dann um) oder liegen die Voraussetzungen des Abs 1 Satz 2 (für Zweige) oder des Abs 2 (für Wurzeln oder Zweige) nicht vor, so kann er schadensersatzpflichtig werden (§§ 823, 826; OLG 39, 215). Die Schadensersatzpflicht besteht in den zuletzt genannten Fällen, wenn er den Mangel seines Rechts zur Beseitigung gekannt hat oder hätte kennen müssen.

2. § 910 gilt nicht bloß für einzelne **Bäume oder Sträucher** (zu denen auch lebende Hecken gehören: Prot 3, 142), sondern auch für Waldungen (Prot 3, 148). Vgl. für: Obstbäume Art 122 EG; alle Bäume Art 124 EG; Waldungen Art 183 EG.

3. Satz 2 gilt nur von **Zweigen**, nicht von Wurzeln. Ragt der Baumstamm (z. B. infolge schiefen Wachsens) herüber, so findet nicht § 910, sondern § 1004 (Klage auf Beseitigung) Anwendung. Hinsichtlich des Grenzbaums s. § 923.

4. Die Frist wird dem **Besitzer** gesetzt, weil der nicht besitzende Eigentümer nicht in der Lage ist, die Zweige zu beseitigen. Ist der Besitzer des Nachbargrundstücks eine andere Person als der Besitzer des Baums (Art 181 Abs 2 EG), so ist die Frist dem Besitzer des Baums zu setzen (Prot 3, 142).

5. Die **Frist** muß angemessen sein. Ob sie es ist, bestimmt im Streitfall der Richter nach freiem Ermessen. Unter Umständen ist es angemessen, die Frist so weit auszudehnen, daß die Beseitigung der Zweige nicht in die Zeit des Wachstums der Bäume fällt (Prot 3, 143). Hat der Eigentümer eine zu kurze Frist gesetzt und vor Ablauf der angemessenen Frist die Zweige abgeschnitten, so darf er sie nicht für sich behalten. Dasselbe gilt, wenn er sie ohne Setzung einer Frist abgeschnitten hat.

6. Gemeint ist nicht bloß die gegenwärtige, sondern auch die zukünftige **Benutzung**, insbesondere im Falle der Vornahme von Änderungen (z. B. durch Bauten).

7. Der Eigentümer des Baumes oder Strauches hat im Prozesse z. B. über das Eigentum an den abgeschnittenen Holzteilen (A 5) oder wegen Schadensersatzes (A 1) zu beweisen, daß keine **Beeinträchtigung** vorliegt. Denn es handelt sich um eine Einrede (Prot 3, 141).

§ 911

Früchte [1]), die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück [2]) hinüberfallen [3]), gelten als Früchte dieses Grundstücks [4]). Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück [2]) dem öffentlichen Gebrauche dient [5]).

E I 862 II 825; M 3 289; P 3 149.

1. **Früchte** im natürlichen Sinne sind gemeint; nicht Früchte im Sinne des § 99, z. B. nicht abbrechende Zweige, wie sich aus den Worten „von einem Baume hinüberfallen" ergibt (M 3, 289). Die Früchte sind vor der Trennung wesentliche Bestandteile des Grundstücks, auf dem der Baum oder Strauch steht. Sie gehören daher dem Grundstückseigentümer. Er oder der sonst zur Aneignung der Früchte des Grundstücks Berechtigte (§§ 954—957) kann von diesem Grundstück aus auch die auf das Nachbargrundstück überhängenden Früchte abpflücken oder auf andere Weise (z. B. durch Schütteln in einen Korb) abtrennen, falls darin nicht ausnahmsweise eine nach § 905 unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück liegen sollte. Trennt er die Früchte dabei so ab, daß sie nicht auf das Nachbargrundstück fallen, so behält oder erwirbt er ihr Eigentum. Doch braucht ihm der Besitzer des Nachbargrundstücks dessen Betreten zum Abtrennen der Früchte nicht zu gestatten.
2. Ein **Nachbargrundstück** ist auch ein benachbarter See, Fluß, Platz, Weg.
3. Gleichgültig ist, aus welcher Ursache (z. B. Windstoß, Reife, menschliche Einwirkung auch des Eigentümers des Baums) die Früchte **hinüberfallen** und ob sie vorher hinüberhingen. Trennt aber der Nachbar selbst die hinüberhängenden Früchte (z. B. durch Pflücken oder Schütteln) vom Baum oder Strauch, so gelten sie nicht als Früchte des Nachbargrundstücks. Der zum Abtrennen nicht befugte Nachbar erwirbt dann kein Eigentum an ihnen, ist vielmehr schadensersatzpflichtig (§ 823).
4. Die hinübergefallenen Früchte **gelten als Früchte des Nachbargrundstücks.** Sie teilen kraft dieser Fiktion das rechtliche Schicksal der auf dem Grundstück erzeugten Früchte, sind denselben Rechten unterworfen und fallen insbesondere den nach §§ 953—957 zum Bezuge der Früchte dieses Grundstücks Berechtigten zu.
5. Nach der Ausnahmebestimmung des Satzes 2 (über den Grund der Ausnahme Prot 3, 149) gehören die Früchte, die auf ein dem **öffentlichen Gebrauche** dienendes Nachbargrundstück (z. B. von Obstbäumen neben einem öffentlichen Wege auf diesen) fallen, dem Baum- oder Straucheigentümer oder demjenigen, der zum Bezuge der Früchte des Grundstücks, auf dem der Baum oder Strauch steht, nach §§ 954—957 berechtigt ist. Der Berechtigte darf sie sich vom Nachbargrundstück holen.

§ 912

[1]) Hat der Eigentümer [2]) eines Grundstücks bei der Errichtung [3]) eines Gebäudes [4]) über die Grenze [5]) gebaut [6]), ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit [7]) zur Last fällt [8]), so hat der Nachbar [9]) den Überbau zu dulden [10]), es sei denn, daß er vor oder sofort [11]) nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat [12]).

Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen [13]). Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend [14]).

E I 867 II 826; M 3 282; P 3 133.

1. Der Eigentümer eines Grundstücks, **über dessen Grenze gebaut** ist, würde beim Mangel besonderer Vorschriften nach §§ 903, 1004 die Beseitigung des hinüberreichenden Baus verlangen können. Die §§ 912—916 regeln im wirtschaftlichen Interesse gesetzlich den Fall der Grenzüberschreitung durch Errichtung eines Gebäudes. Die Beteiligten können aber auch eine andere Regelung vereinbaren, z. B. daß von der Rentenpflicht abgesehen und der überbaute Grundstücksteil sofort an den überbauenden Nachbarn zum Eigentum übertragen oder daß der hinüberzubauende Gebäudeteil Eigentum des Eigentümers des zu überbauenden Grundstücks werden soll (OLG 29, 341; auch **RG** 109, 110; JFG 4, 387). Durch Vertrag zwischen dem Bauenden und dem Besitzer des Nachbargrundstücks, der sich irrtümlich für den Eigentümer hält und dem Bauenden das Nachbargrundstück zur Bebauung überläßt, können aber die zwischen dem Bauenden und dem wirklichen Eigentümer des Nachbargrundstücks aus dem Gesetz sich ergebenden Rechtsverhältnisse in Ansehung des hinübergebauten Gebäudeteils nicht geändert werden (**RG** 83, 146). — Die §§ 912—916 finden auch auf einen vor dem Inkrafttreten des BGB stattgehabten Überbau Anwendung (Art 181 Abs 1 EG), falls nicht nach den bisherigen Vorschriften der Bauende

das Eigentum an der überbauten Fläche erworben hat (RG 46, 143; 47 S. 115, 360; 48, 262; 52, 16; 65, 73; 72, 272).

2. Nicht bloß der **Eigentümer,** sondern auch der Erbbauberechtigte (VO v. 15. 1. 19 § 11) und der nach Art 63 EG Berechtigte. Geschieht der Überbau von anderen als diesen Personen, so finden die §§ 166, 185 sinngemäß Anwendung (z. B. wenn der Überbauende später das Eigentum an dem Grundstück erwirbt: M 3, 284). Dies gilt auch von Nießbrauchern und Pächtern. Sie stehen dem Erbbauberechtigten nicht gleich.

3. **Bei der Errichtung** eines Gebäudes muß die Grenzüberschreitung erfolgt sein. Ausbesserung eines Gebäudes oder Anbau an ein schon vorhandenes Gebäude genügt nicht (OLG 4, 65). Ebensowenig trifft § 912 zu, wenn nach Errichtung des Gebäudes eine Mauer infolge der Beschaffenheit des Bodens nach der Seite des Nachbargrundstücks ausgewichen ist (RG 88, 41; JW 06, 302[7]).

4. **Gebäude** ist ein Personen und Sachen durch räumliche Umfriedung gegen äußere Einflüsse Schutz gewährendes, den Eintritt von Menschen gestattendes Bauwerk. Daher z. B. nicht: Mauern, Zäune, Hundehütten, Backöfen. Diese müssen auf Verlangen des Nachbarn beseitigt werden (§§ 903, 905, 1004; z. B. im Falle der Ausbauchung einer Grenzmauer: OLG 34, 171). Dasselbe gilt für die nur zu einem vorübergehenden Zweck (§ 95) errichteten Gebäude (str.).

5. Da die Grenze zwischen zwei Grundstücken nicht nur durch eine auf dem Erdboden verlaufende Linie, sondern zugleich durch eine senkrecht auf dieser Linie als errichtet zu denkende Fläche gebildet wird (§ 905; RG 88, 41), so kann auch ein Gebäudeteil unterhalb der Erdoberfläche (z. B. ein Weinkeller) oder oberhalb der Erdoberfläche (z. B. ein Erker) **über die Grenze** gebaut sein (RG 88, 41; OLG 26, 26; vgl. RG JW 06, 302[7]; Warn 1910 Nr 335; § 905 A 2). Ein Überbau nach § 912 liegt auch dann vor, wenn das errichtete Gebäude außer einer Grundfläche des Bauenden zugleich das ganze Grundstück des Nachbars überbaut. Das Gesetz macht seine Anwendung nicht davon abhängig, daß der Überbau sich nur auf einen Teil des Nachbargrundstücks erstreckt (RG 52, 15; 83, 146). Dagegen baut nicht über die Grenze, wer ein Gebäude lediglich auf des Nachbars Grundstück errichtet. Ein solcher Bau ist auf Verlangen des Nachbars zu beseitigen (§§ 903, 1004; RG 52, 17). Ferner ist zur Annahme eines Überbaus erforderlich, daß der Bauende nicht bloß seine Eigentumsrechte, sondern eine örtlich bestimmte Grenze überschritten hat. Ein Überbau im Sinne des § 912 liegt also nicht vor, wenn die Errichtung des Gebäudes lediglich das aus einer Grunddienstbarkeit des Nachbars entspringende Recht verletzt, die Verwendung des dienenden Grundstücks für gewisse Bauten zu verbieten (RG 47, 356; 48, 262; 87, 373; JW 02 Beil 258). Weiter liegt kein Überbau vor, wenn beim Bauen der landesgesetzlich (Art 124 EG) vorgeschriebene Abstand von der Grenze nicht innegehalten ist (str.; nach Prot 3, 178 entsprechende Anwendung der §§ 912ff.). In RG 87, 373 ist dahingestellt gelassen, ob diese Ansicht allgemein zu gelten habe; jedoch ist sie gebilligt für den Fall, daß durch das Landesgesetz ein Bauen ohne Wahrung der Abstandsgrenze unbedingt verboten ist. Der Nachbar kann daher, auch wenn er gegen die Nichteinhaltung der Abstandsgrenze beim Bau keinen Widerspruch erhoben hat und der Bauende gutgläubig gewesen ist, gemäß § 1004 Zurückrückung des Baues und, wenn der Bauende schuldhaft gehandelt hat, nach § 823 Schadensersatz verlangen (RG 87, 372).

6. **Gebaut** muß sein. Daher ist nicht überbaut ein Gebäude, das infolge Alters oder Gebrechlichkeit die Grenze überragt (§§ 905, 908; OLG 26, 26).

7. **Vorsatz** ist vorhanden, wenn der Bauende sich der Grenzüberschreitung bewußt ist. Nicht erforderlich ist die Absicht, den Nachbarn zu schädigen (M 1, 280; SeuffA 56 Nr 126). **Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit** (über letztere RG 47, 116; JW 06, 302[7]) liegt nicht vor, wenn der Bauende sich über den Verlauf der Grenze oder über den Mangel des Rechts, die Grenze zu überschreiten, im entschuldbaren Irrtum befindet (RG 52, 15; 74, 88; 83, 146; 88, 41; Warn 1915 Nr 270; OLG 26, 25; a. M. SeuffA 56 Nr 126) oder ohne grobe Fahrlässigkeit annimmt, daß der Nachbar mit dem Überbau einverstanden sei (OLG 15, 348). Ist der Überbau nach einer Vereinbarung erfolgt, die dem Erbauer eine rechtliche Befugnis zum Bauen über die Grenze gibt, so findet § 912 keine Anwendung (RG Warn 1915 Nr 270). Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit muß der Überbau auch ohne Widerspruch des Nachbars gemäß § 1004 Abs 1 beseitigt werden, da eine Duldungspflicht des Nachbars (§ 1004 Abs 2) dann nicht besteht (RG 52, 17; 88, 40). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die grobe Fahrlässigkeit in der Nichtbeachtung des Grenzzuges oder in der die Grenzüberschreitung verursachenden (insbesondere fehlerhaften) Art der Bauausführung liegt (RG 88, 41).

8. Der Überbauende muß **beweisen,** daß ihm **weder** Vorsatz **noch** grobe Fahrlässigkeit **zur Last fällt** (Prot 3, 131; RG 47, 117).

9. **Nachbar** ist der Eigentümer oder Miteigentümer (§ 1011) des überbauten Grundstücks. Ihm stehen die entschädigungsberechtigten Erbbau- oder Dienstbarkeitsberechtigten (§ 910) gleich. Ob der Nachbar (z. B. die Erben des verstorbenen eingetragenen Eigentümers) der Person und dem Aufenthaltsort nach bekannt ist, ist unerheblich. Das Grundstück darf nur nicht herrenlos (§ 927 A 8; § 928 A 2) sein (RG 83, 147; vgl. A 11). Wegen Fehlens eines Nachbarverhältnisses

findet § 912 keine Anwendung, wenn der Bauende die Grenze eines andern ihm ebenfalls gehörigen Grundstücks überbaut (str.; RG 65, 361; 72, 272; 130, 266; 137, 47; Warn 1910 Nr 335; OLG 26, 25; a. M. OLG 10, 108). Veräußert der Bauende später ein Grundstück, so richtet es sich nach dem Inhalt des Vertrags, was für einen solchen Überbau gelten soll. Beim Mangel einer Bestimmung ist anzunehmen, daß der Erwerber des überbauten Grundstücks den ihm beim Vertragsschluß bekannten Überbau ohne Entschädigung dulden muß und daß der Erwerber des andern Grundstücks von dem Bauenden, der das überbaute Grundstück behält, die Duldung des Überbaus ohne Entschädigung verlangen kann. Erwirbt dagegen jemand in der Zwangsversteigerung das überbaute Grundstück, so ist er Eigentümer auch des Gebäudes, soweit es auf seinem Grundstück steht (str.; RG 53, 311; 65, 363; 70, 201; 72, 269; 130, 266; Gruch 45, 1018).

10. Die Pflicht, **den Überbau zu dulden**, ist eine grunddienstbarkeitähnliche Beschränkung des Eigentums, das an der überbauten Fläche dem bisherigen Eigentümer verbleibt (RG 65, 362; 72, 272). Sie hindert auch den Eigentümer, den Überbau selbst zu beseitigen (RG 131, 336). Das Recht auf Duldung wirkt dinglich und ist, weil es auf Gesetz beruht, nicht eintragungsbedürftig (RG JW 06, 17[10]). Anderseits ist es auch, selbst auf Grund einer Bewilligung des betroffenen Eigentümers, nicht eintragungsfähig, weil die Duldungspflicht eine dem Eigentum nach dem Gesetz von selbst anhaftende Schranke ist, die den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken nicht untersteht (str.; JFG 3, 329). Soll dagegen auf das Recht verzichtet oder soll es sonst aufgehoben werden, so ist die Eintragung notwendig und auch zulässig, weil es sich dann um die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks des Überbauenden handelt (§§ 1018 Schlußsatz, 873; JFG 4, 388). Über Verzicht auf die Rente und vertragsmäßige Festsetzung der Höhe der Rente s. § 914 A 4, 5. Ferner ist die Eintragung einer Grunddienstbarkeit auf Duldung eines Überbaus zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Nachbargrundstücks auf Grund einer Bewilligung des betroffenen Eigentümers dann zulässig, wenn die Bewilligung nicht lediglich die gesetzliche Verpflichtung zur Duldung eines Überbaus wiedergibt, sondern die Duldungspflicht allgemein ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der im § 912 festgesetzten Voraussetzungen bestimmt. Dann muß nur, damit die Grunddienstbarkeit den erforderlichen bestimmten Inhalt hat, die Art und der Umfang des Überbaus genau bezeichnet sein (JFG 3, 329; OLG 45, 209). — Das Recht des Überbauenden auf Duldung des Überbaus hat entsprechend dem § 95 Abs 1 Satz 2 die Wirkung, daß der hinübergebaute Gebäudeteil nicht (nach §§ 93, 94 Abs 1, 946) Bestandteil des Nachbargrundstücks wird (M 3, 287; RG 72, 272; 83, 147; OLG 29, 341; § 95 A 5 über Errichtung einer Mauer auf der Grenze mit der Zweckbestimmung, daß die Mauer gemeinschaftliche Giebelmauer der Nachbarn werden soll). Vielmehr ist der Gebäudeteil wesentlicher Bestandteil des Grundstücks des Bauenden. Denn das Gebäude ist ein einheitliches Ganzes, der hinübergebaute Gebäudeteil gemäß § 93 wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und der auf dem Grundstück des Bauenden befindliche Gebäudeteil gemäß § 94 Abs 1 wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks (RG 83, 148; OLG 29, 341; § 94 A 3). Dabei macht es keinen Unterschied, ob der hinübergebaute Teil der geringere Teil oder der Hauptteil des Gebäudes ist. Denn immer ist er wesentlicher Bestandteil des durch den andern Teil mit dem Grund und Boden des Grundstücks des Bauenden fest verbundenen (§ 94 Abs 1) Gebäudeganzen (RG 83, 148). Hieran wird auch dadurch noch nichts geändert, daß der Bauende demnächst das Nachbargrundstück hinzuerwirbt. Damit in solchem Falle der hinübergebaute Teil Bestandteil des Nachbargrundstücks wird (während der andere Teil Bestandteil des andern Grundstücks bleibt: § 94 A 1), ist weiter erforderlich, daß der Bauende im Bewußtsein der ihm nun gebotenen Möglichkeit der Veränderung des bestehenden Zustandes den Willen faßt, den hinübergebauten Gebäudeteil zu einem Bestandteil des Nachbargrundstücks werden zu lassen, und daß er diesen Willen nach außen kundgibt, z. B. dadurch, daß er den Gebäudeteil als Bestandteil auf dem Grundbuchblatt des Nachbargrundstücks vermerken läßt (RG 83, 149). Wie Nachbarn von vornherein vereinbaren können, daß der zu überbauende Gebäudeteil dem Eigentümer des zu überbauenden Grundstücks gehören soll (A 1), so können sie auch nachträglich, wenn der Überbau späterhin für das Gebäude, zu dem er gehört, überflüssig wird und seine ursprüngliche Zweckbestimmung verliert, vereinbaren, daß der Überbau bestehen bleiben (§ 914 Abs 1 Satz 2), aber nunmehr in das Eigentum des Eigentümers des überbauten Grundstücks übergehen und eine Rentenpflicht nicht mehr bestehen soll (§ 914 A 4). Diese Vereinbarung bedarf nicht der Form des § 313, da sie nicht eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zum Gegenstand hat. Sie hat zur Folge, daß der überbaute Gebäudeteil nach § 94 Abs 1 Bestandteil des überbauten Grundstücks wird (OLG 29, 342). Wenn aber der Eigentümer des überbauten Grundstücks einen Anbau an den Überbau errichtet, so wird dadurch allein der Überbau weder nach § 94 Abs 1 Bestandteil dieses Grundstücks noch Bestandteil des Anbaus, da die Rentenpflicht bestehen bleibt und an der Zweckbestimmung des Überbaus nichts geändert wird (OLG 29, 341).

11. „Sofort" bedeutet nicht unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121). Wer also in entschuldbarer Unkenntnis von dem Überbau den Widerspruch unterläßt, ist trotzdem zur Duldung des Überbaus verpflichtet. Aus dem Gesetz ergibt sich auch nicht, daß der Eigentümer

des Nachbargrundstücks von der Grenzüberschreitung Kenntnis haben oder sonst hiergegen Widerspruch zu erheben in der Lage sein muß, wenn die in § 912 bestimmte Folge des Unterbleibens des Widerspruchs eintreten soll (RG 83, 147; 109, 110; vgl. A 9). Da mithin die Unterlassung des Widerspruchs nicht als genehmigende Willenserklärung aufzufassen ist, kann die durch Zwang, Betrug oder Irrtum herbeigeführte Unterlassung des Widerspruchs nicht angefochten werden (str.; anders RG 38, 289 für preuß. Recht). Wohl aber kann von dem Zwingenden oder Betrüger Schadensersatz (§§ 823, 826) verlangt werden. Ausschlaggebend für die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs ist, ob er zeitig genug erfolgt ist, um eine irgend erhebliche Zerstörung des Gebauten zu vermeiden (Prot 3, 284; RG 109, 108).

12. Der **Widerspruch** bedarf keiner Form. Der Widersprechende kann sich dabei eines Bevollmächtigten bedienen (RG 109, 108). Der Widerspruch kann gegenüber dem Bauenden oder demjenigen, der nach Lage der Verhältnisse als dessen Vertreter anzusehen ist (Bauleiter), erklärt werden. Den Beweis, daß ein Widerspruch rechtzeitig (A 11) erhoben ist, hat der Widerspruchsberechtigte zu führen, der die Beseitigung des Baus verlangt (Prot 3, 135). Hat der Nachbar vorher den Überbau genehmigt, so ist sein nachträglicher Widerspruch wirkungslos, weil er wider Treu und Glauben verstößt. Wenn der Nachbar aber die Genehmigung nicht unter Verzicht auf jedes Entgelt erteilt hat, so kann er die Rente nach Abs 2 oder Wertersatz gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Grundstücksteil gemäß § 915 verlangen (RG 74, 87; OLG 29, 341). Ein, sei es auch aus irrtümlichen Beweggründen, wieder fallen gelassener Widerspruch ist wirkungslos (SeuffA 62 Nr 109). Die im Widerspruch liegende einseitige Willenserklärung verträgt auch eine Beschränkung auf einen Teil des Überbaus. Dann besteht ein Recht auf Beseitigung nur des Teils, während im übrigen ein Anspruch auf Überbaurente gegeben ist (RG 109, 110).

13. Die **Geldrente** ist die Entschädigung für die Duldungspflicht. Daneben haftet der Überbauende für jeden schuldhaft durch Eingriffe in sonstige Rechte des Nachbars verursachten Schaden nach § 823 (RG 65, 73; OLG 26, 27; 26, 28). Hat der Nachbar die unbedingte Erlaubnis zu dem Überbau erteilt, so kann ein Schadensersatzanspruch nicht in Frage kommen. Denn dann hat der Überbauende nicht widerrechtlich gehandelt (OLG 26, 27; wegen eines Anspruchs auf Rente s. A 12). Die Rentenpflicht beginnt mit dem Zeitpunkt der Grenzüberschreitung. Der Anspruch auf die Rente überhaupt ist unverjährbar; der Anspruch auf die einzelne fällige Rate verjährt in 4 Jahren (§ 197). Durch die Zwangsversteigerung wird die Rentenpflicht nicht berührt (§ 52 ZVG). Für die Rente gelten nach Art 116 EG nicht die landesgesetzlichen Vorbehalte der Artt 113, 115 EG; ihre Ablösbarkeit, Höhe oder Umwandlung kann landesgesetzlich nicht geregelt werden.

14. Auf die **Höhe** der Rente ist eine nach der Grenzüberschreitung eintretende Wertänderung ohne Bedeutung.

§ 913

Die Rente für den Überbau [1]) ist dem jeweiligen Eigentümer [2]) des Nachbargrundstücks von dem jeweiligen Eigentümer [2]) des anderen Grundstücks zu entrichten.

Die Rente ist jährlich [3]) im voraus zu entrichten [4]).

E I 857 Abs 2, 858 Abs 1 II 827; M 3 285 f.; P 3 135 f.; 6 229 f.

1. Das Recht auf die **Rente** (im Gegensatz zum einzelnen Rentenbetrag) gilt als Bestandteil des berechtigten Grundstücks (§ 96) und kann von dem Eigentum an dem berechtigten Grundstück nicht getrennt (§§ 914 Abs 3, 1110), also allein auch nicht abgetreten oder gepfändet werden.

2. Da die Rente **dem jeweiligen Eigentümer** des überbauten **vom jeweiligen Eigentümer** des andern Grundstücks entrichtet werden muß, ist das Rentenrecht subjektiv und objektiv dinglich. Entschädigungsberechtigt sind außer dem Eigentümer (des überbauten Grundstücks) auch der Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigte (§ 916). Für die anderen Realberechtigten, z. B. die Hypothekengläubiger, wird der Überbau durch die damit verbundene Entschädigung bedeutungslos. Sie haben aber ein Interesse an der Höhe der Entschädigung und können auf deren Festsetzung klagen. Das Urteil macht jedoch nur unter den Parteien Rechtskraft. Auch ein Vertrag über die Höhe der Rente wirkt nur zwischen den an dem Vertrag Beteiligten (M 3, 286).

3. Das **erste Jahr** beginnt mit dem Tage der Grenzüberschreitung.

4. Eine von Abs 2 abweichende Regelung der **Entrichtung** ist zulässig. Sie hat aber Dritten gegenüber nur Wirkung, wenn sie ins Grundbuch eingetragen ist (§ 914 Abs 2). Das Rentenrecht ist unverjährbar. Denn es entsteht mit der Fortdauer der Berechtigung des Überbaus stets neu (§ 198; M 3, 286). Der Anspruch auf die einzelnen fälligen Rentenbeträge verjährt in 4 Jahren (§ 197).

§ 914

Das Recht auf die Rente geht allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren, vor [1]. Es erlischt mit der Beseitigung des Überbaues [2].

Das Recht wird nicht in das Grundbuch eingetragen [3]. Zum Verzicht [4] auf das Recht sowie zur Feststellung der Höhe der Rente durch Vertrag ist die Eintragung erforderlich [5].

Im übrigen finden die Vorschriften Anwendung, die für eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast gelten [6].

E I 858 Abs 1 II 827 Abs 2; M 3 285 f.; P 3 136 f.; 6 229 f.

1. Das Rentenrecht muß **allen, auch den älteren Rechten vorgehen,** wenn es einen ausreichenden Ersatz für die entzogene Benutzung der überbauten Fläche bilden soll (DS 191). Mehrere Überbau- (oder Notweg-) Renten haben nicht den gleichen Rang. Ihr Rang bestimmt sich vielmehr nach der Zeit ihrer Entstehung, da sie zwar anderen Rechten vorgehen, über ihren Rang untereinander aber nur das Zeitvorrecht (zeitliche Priorität) entscheiden kann (str.). Durch die Zwangsversteigerung wird das Recht auf die Rente nicht berührt (§ 52 Abs 2 ZVG). Die Rangordnung der einzelnen Rentenbeträge im Zwangsversteigerungsverfahren ist geregelt durch § 10 Nr 4, 8, § 11 ZVG.

2. Die Rente **erlischt** kraft Gesetzes **mit der Beseitigung des Überbaues,** weil hierdurch die als Gegenleistung anzusehende Duldungspflicht wegfällt. Aufhebung durch Verzicht: A 4. Die in Artt 113—115 EG vorbehaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über Ablösung sind nach Art 116 EG unanwendbar.

3. Die **Eintragung** der Rente in ihrer gesetzlichen, d. h. in der zur Zeit der Grenzüberschreitung (§ 912 Abs 2) angemessenen Höhe (über eine vertragsmäßig festgesetzte Höhe s. A 5) ist nicht zulässig („wird "nicht eingetragen). Die §§ 892, 893 finden keine Anwendung. Trotz der Nichteintragung wirkt das Rentenrecht auch gegen den gutgläubigen Erwerber des rentenpflichtigen Grundstücks (Prot 3, 136; **RG** 62, 101; § 892 A 2).

4. Soll der **Verzicht** auf das Recht nicht bloß schuldrechtliche Wirkung unter den Beteiligten, sondern dingliche Wirkung gegen jedermann haben, so ist seine **Eintragung** erforderlich (RJA 1, 28; JFG 4, 387). Sie erfolgt maßgeblich auf dem Blatt nicht des rentenberechtigten, sondern des rentenbelasteten Grundstücks, und zwar in Preußen in Abt II in Form eines Löschungsvermerks, da es so anzusehen ist, als wäre die Rente auf dem belasteten Grundstück eingetragen (PrAVf v. 20. 11. 99 § 11 Nr 4; OLG 45, 209; JFG 4, 388). Jedoch ist die Eintragung auf dem Blatt des rentenberechtigten Grundstücks daneben nach § 8 GBO zulässig. Notwendig zum wirksamen Verzicht ist ferner die Einhaltung der Form des § 875 und gemäß § 876 Satz 2 die Zustimmung der Realgläubiger des überbauten Grundstücks, da die Rente ihnen an Stelle der überbauten Fläche haftet (Prot 3, 136).

5. Die **Feststellung der Höhe** der Rente **durch Vertrag** erlangt gemäß § 873 dingliche Wirkung nur durch **Eintragung** (JFG 4, 387), und zwar auf dem Blatt des rentenbelasteten Grundstücks (PrAVf v. 20. 11. 99 § 11 Nr 4; OLG 45, 209); auf dem Blatt des berechtigten Grundstücks ist die Eintragung nach § 8 GBO zulässig. Zur Eintragung ist die Zustimmung der Realberechtigten des rentenberechtigten Grundstücks gemäß §§ 876 Satz 2, 877 erforderlich, wenn die Rente niedriger als die gesetzliche (A 3) ist. Denn dann liegt in der Eintragung eine teilweise Aufhebung der den Realberechtigten an Stelle des überbauten Grundstücksteils haftenden gesetzlichen Rente. Dagegen ist die Zustimmung nach §§ 877, 876 Satz 2 nicht erforderlich, wenn die festgesetzte Rente ebenso hoch oder höher als die gesetzliche ist, weil dann das Recht der Realberechtigten durch die Festsetzung nicht berührt wird (str.). Die Zustimmung der Realberechtigten des rentenpflichtigen Grundstücks ist nur erforderlich, wenn die festgesetzte Rente insoweit, als sie die gesetzliche Höhe übersteigt, den Vorrang vor den Realberechtigten erlangen soll (Prot 3, 136). Die Eintragung mit dem Vorrang vor den eingetragenen Berechtigten wird daher der Grundbuchrichter nur dann vornehmen dürfen, wenn entweder die Zustimmung der Berechtigten beigebracht oder gehörig (§ 29 GBO) nachgewiesen wird, daß die festgesetzte Rente die gesetzliche Höhe nicht übersteigt.

6. Auf das Rentenrecht finden **Anwendung die Vorschriften** über die subjektiv-dinglichen Reallasten, insbesondere die §§ 1108 Abs 1 (persönliche Haftung des Eigentümers), 1110 (Unabtrennbarkeit); dagegen nicht die §§ 1111, 1112, die nur subjektiv-persönliche Reallasten betreffen. Wird das belastete Grundstück geteilt, so bleibt die dingliche Haftung aller Teile bestehen (vgl. aber Art 120 EG). Für die fällig gewordenen Rentenbeträge haften nach § 1108 Abs 2 die Eigentümer aller Teile, nicht bloß der Eigentümer des Teiles, auf dem der andere Gebäudeteil steht, auch persönlich. Denn mit dem Rentenrecht ist das Eigentum am ganzen Grundstück belastet (str.). Im Falle der Teilung des berechtigten Grundstücks verbleibt nach § 1109 Abs 3 das Rentenrecht bei dem überbauten Grundstücksteil allein, da die Rente als Entschädigung für die Duldungspflicht gewährt wird.

§ 915

Der Rentenberechtigte [1]) kann jederzeit [2]) verlangen [3]), daß der Rentenpflichtige ihm gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Teile des Grundstücks den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat [4]). Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so bestimmen sich die Rechte und Verpflichtungen beider Teile [5]) nach den Vorschriften über den Kauf [6]).

Für die Zeit bis zur Übertragung des Eigentums ist die Rente fortzuentrichten [7]).

E I 859 II 828; M 3 287; P 3 138; 4 589.

1. Nur der **Rentenberechtigte,** nicht der Rentenpflichtige hat das Recht, statt der Rente (§ 912 Abs 2) die Grundabnahme zu wählen. Dieses Recht steht auch nur dem rentenberechtigten Eigentümer zu, nicht dem Erbbauberechtigten, da § 915 in § 916 nicht angeführt ist.

2. Das Recht ist **unverjährbar** (§ 924).

3. Für das **Verlangen** auf Werterſatz ist eine Form nicht vorgeschrieben. Es wird dem Rentenpflichtigen gegenüber erklärt. § 313 findet keine Anwendung, da im Falle des Verlangens der Rentenpflichtige gesetzlich zur Grundabnahme verpflichtet ist (RG 74, 90). Mit der einseitigen Abgabe der Erklärung (§ 130) wird zwischen den Beteiligten das Rechtsverhältnis eines Kaufes begründet, ohne daß es des Abschlusses eines förmlichen Kaufvertrags bedarf. Die Schadensersatzgrundsätze (z. B. §§ 251, 252, 254) finden keine Anwendung, wenn ohne rechtswidrigen Vorsatz und ohne Fahrlässigkeit überbaut ist (RG 74, 90).

4. Die **Übertragung des Eigentums an dem überbauten Grundstücksteil** (durch Auflassung, deren Entgegennahme seitens des Rentenpflichtigen gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden kann) und der nötigenfalls im Prozeßwege festzusetzende, nach dem **Zeitpunkt der Grenzüberschreitung** zu bemessende **Wertersatz** finden Zug um Zug statt (§§ 273 Abs 1, 274). Über die Anwendung eines ähnlichen Rechtsgedankens in einem Falle, wo ein Grundstück wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags nach den Grundsätzen ungerechtfertigter Bereicherung herausverlangt wird, die Herausgabe aber mit Rücksicht auf die erfolgte Bebauung des Grundstücks unmöglich erscheint, vgl. RG 133, 295.

5. Nur für **beide Teile,** nicht für Dritte, so daß z. B. ein Vorkaufsberechtigter nicht geltend machen kann, es sei ein Kauf geschlossen, in den er einzutreten berechtigt sei.

6. Die **Vorschriften über den Kauf** (§§ 433ff.) finden Anwendung. Der Kaufpreis ist der Wert zur Zeit der Grenzüberschreitung. Das Grundstück ist gemäß § 434 frei von Lasten zu übertragen (M 3, 287; Prot 3, 138).

7. Deshalb sind die in der Zwischenzeit vom Verlangen der Grundabnahme **bis zur Übertragung des Eigentums** entrichteten Renten von dem Wertersatzkapital nicht abzurechnen. Wenn aber das Kapital schon vor der Eigentumsübertragung gezahlt oder beigetrieben (§§ 322 Abs 3, 274 Abs 2) wird, ist der Zahlende dem Empfänger gegenüber von weiteren Rentenzahlungen befreit. Denn in der Annahme (Einziehung) des Kapitals liegt die Erklärung der Erledigung der Rechte des Empfängers (M 3, 287). Freilich bleiben das Rentenrecht als subjektiv-dingliches Recht und die Eigentumsbeschränkung (Duldungspflicht) bis zur Übertragung des Eigentums bestehen (M 3, 287). Dies kann von Bedeutung werden, wenn der Rentenberechtigte oder der Rentenverpflichtete sein Grundstück an einen Dritten veräußert.

§ 916

Wird durch den Überbau ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit [1]) an dem Nachbargrundstücke beeinträchtigt, so finden zugunsten des Berechtigten die Vorschriften der §§ 912 bis 914 entsprechende Anwendung [2]).

E I 860 II 829; M 3 286; P 3 138.

1. Sind mehrere **Erbbau-** oder **Dienstbarkeitsberechtigte** (VO v. 15. 1. 19, §§ 1018, 1030, 1090) vorhanden, so ist für jeden die Rente selbständig festzusetzen (Prot 3, 138). Keine Anwendung findet der Paragraph auf andere Rechte an dem Nachbargrundstück, z. B. Hypotheken, weil diesen Rechten nach §§ 96, 1107, 1126 mit dem Grundstück auch das Rentenrecht des Eigentümers unterworfen ist.

2. **§ 912** ist nicht entsprechend anzuwenden, wenn der Eigentümer eines Grundstücks, von dem eine Teilfläche mit einer das Überbauen verbietenden Grunddienstbarkeit belastet ist, über die Grenze des unbelasteten Teiles auf den belasteten Teil hinüberbaut (RG 47, 356; RG JW 02 Beil 258; 1932, 1047¹; OLG 15, 348; a. M. SeuffA 57 Nr 8) oder wenn der Eigentümer eines Grundstücks, das mit der Dienstbarkeit der Nichtbebaubarkeit belastet ist, dieses bebaut (RG 48,

262; § 912 A 5). In beiden Fällen kann der Dienstbarkeitsberechtigte gemäß §§ 1004, 1027, 1065, 1090 Abs 2 die Beseitigung des sein Recht beeinträchtigenden Baus verlangen. Nach **§ 914 Satz 2** erlischt das Rentenrecht mit der Beseitigung des Überbaus. § 915 findet nicht Anwendung. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung: Artt 57, 63, 68 EG.

§ 917

Fehlt [1]) einem Grundstücke [2]) die zur ordnungsmäßigen Benutzung [3]) notwendige Verbindung [4]) mit einem öffentlichen Wege [5]), so kann der Eigentümer [6]) von den Nachbarn [7]) verlangen [8]), daß sie bis zur Hebung des Mangels [9]) die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung [10]) dulden [11]). Die Richtung des Notwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichenfalls durch Urteil bestimmt [12]).

Die Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt, sind durch eine Geldrente zu entschädigen [13]). Die Vorschriften des § 912 Abs 2 Satz 2 und der §§ 913, 914, 916 [14]) finden entsprechende Anwendung [15]).

E I 863 II 830; M 3 289 ff.; P 3 149 ff.

1. **Notweg.** Die Verbindung **fehlt**, wenn das Grundstück von dem öffentlichen Wege gänzlich abgeschnitten ist und die Trennung durch dazwischen liegende fremde Grundstücke bewirkt wird. Daher fehlt die Verbindung nicht, wenn sie nur unbequem ist (A 4) oder wenn der Eigentümer über andere ihm gehörende Grundstücke oder unter Ausübung eines ihm zustehenden dinglichen oder persönlichen Rechts über fremde Grundstücke zum öffentlichen Wege gelangen kann (OLG 2, 506; 12, 124; 26, 29). Auf ein ihm angeblich zustehendes, aber streitig gemachtes anderweites Wegerecht braucht sich der Notwegberechtigte unter Umständen aber nicht verweisen zu lassen (**RG** JW 1925, 475[18]). Das Fehlen der Verbindung hört auf, wenn der Eigentümer des abgeschnittenen Grundstücks ein angrenzendes Grundstück hinzuerwirbt, das mit einem öffentlichen Wege in Verbindung steht. Dann entfällt das Notwegrecht, selbst wenn noch gewisse Änderungen (z. B. Entfernung von Zäunen) erforderlich sind, um die Verbindung mit dem öffentlichen Wege über das hinzuerworbene Grundstück herzustellen (OLG 26, 30). Nicht erforderlich ist zur Anwendung des § 917, daß die Notlage eine unverschuldete ist (DS 292).

2. Gleichviel, ob das **Grundstück** bebaut ist oder nicht.

3. **Ordnungsmäßig** ist eine **Benutzung**, die der Größe, Lage, Kulturart und Umgebung des Grundstücks und den wirtschaftlichen Verhältnissen nach vernünftigem Ermessen entspricht (**RG** 79, 117). Das gilt auch dann, wenn das Grundstück bisher nicht oder anders benutzt worden ist (DS 292; Prot 3, 152; **RG** Warn 1914 Nr 290; SeuffA 62 Nr 41). Doch darf die Änderung der Benutzungsart, welche die Notlage erst schafft, keine willkürliche Handlung im Sinne des § 918 Abs 1 sein (Prot 3, 153; OLG 12, 124). Es genügt aber, wenn die von der früheren Benutzungsart abweichende Art der Benutzung den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht (**RG** Warn 1914 Nr 290). Grundsätzlich gleichgültig ist, ob der Eigentümer selbst oder ein Pächter oder ein sonstiger Berechtigter die Benutzung ausübt. Das rein persönliche Bedürfnis des einzelnen Eigentümers oder des zeitig zur Benutzung Berechtigten hat aber außer Betracht zu bleiben (**RG** 79, 119; SeuffA 62 Nr 70). Daher kann der Eigentümer z. B. nicht deswegen einen Notweg verlangen, weil er das Grundstück verpachten müsse und ohne den Notweg nicht zu einem angemessenen Preise verpachten könne oder weil für die Lebensverhältnisse seines gegenwärtigen Pächters der Notweg erforderlich sei (**RG** 79, 119).

4. **Notwendig** ist die **Verbindung** nicht, wenn eine andere Verbindung besteht oder vom Eigentümer selbst hergestellt werden kann, mag die Benutzung dieser Verbindung auch längere Zeit beanspruchen oder schwieriger sein (SeuffA 13 Nr 210; OLG 2, 506; 26, 31) oder mag ihre Herstellung einen größeren Kostenaufwand erfordern (str.). Dagegen ist die Verbindung notwendig, wenn der anderweit vorhandene Zugang keine ordnungsmäßige Bewirtschaftung gestattet (**RG** JW 1925, 475[18]). Kann der Eigentümer kraft eines persönlichen Anspruchs auf Bestellung einer Wegegerechtigkeit die Herstellung eines Verbindungsweges herbeiführen, so ist das Fehlen einer notwendigen Verbindung im Sinne des § 917 in der Regel zu verneinen (OLG 26, 30). Anderseits kann die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung beim Vorhandensein eines Verbindungswegs fehlen, wenn die Benutzung dieses Weges öfter (z. B. durch Überschwemmungen) behindert ist (**RG** 79, 120; SeuffA 4 Nr 204).

5. Die Verbindung mit einem **Wege** muß fehlen, der ein **öffentlicher** ist. Das Fehlen der Verbindung mit einem andern Grundstück desselben Eigentümers oder mit einem Fluß oder einer Eisenbahn gibt nach BGB kein Notwegrecht (vgl. jedoch den in Art 123 EG enthaltenen Vorbehalt für die Landesgesetze). Was ein öffentlicher Weg ist, bestimmt sich beim Fehlen

reichsrechtlicher Vorschriften (Artt 2, 3, 32, 55 EG) nach Landesrecht (vgl. für Preußen RG 14, 263; JW 96, 89[1,2]; 00, 451[33]; 01 S. 170[28], 585[29]; 06, 233[19]; Gruch 40, 1173; 42, 720; 43, 1101; 44, 1134). Die Frage ist, obgleich sie dem öffentlichen Recht angehört, als Bestandteil eines Privatrechtsstreits von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden (RG JW 06, 233[19]).

6. Dem **Eigentümer** stehen gleich der Erbbauberechtigte (VO v. 15. 1. 19 § 11) und die in Artt 63, 68 EG genannten Berechtigten (RG 79, 118), aber nicht sonstige Berechtigte am Grundstück, wie Nießbraucher, Pächter (RG 79, 119; Warn 1920 Nr 106). Befindet sich das wegebedürftige Grundstück im Miteigentum mehrerer, so kann nicht jeder für sich, sondern alle Miteigentümer müssen gemeinsam das Verlangen stellen. Denn die Einräumung des Notwegs ist von einer Gegenleistung abhängig, die alle Miteigentumsanteile belastet (str.; RG Gruch 30, 443).

7. **Die Nachbarn** brauchen nicht unmittelbar Anlieger zu sein. Nachbarn im Sinne des § 917 sind vielmehr alle Eigentümer der umliegenden Grundstücke bis zum öffentlichen Weg (M 3, 292; RG 50, 322; Gruch 66, 478). Steht ein solches Grundstück im Eigentum mehrerer Miteigentümer, so ist der Anspruch auf den Notweg gegenüber allen Miteigentümern gemeinsam zu erheben (RG JW 06, 233[19]). Gegen einen Besitzer, Nießbraucher oder sonstigen Berechtigten am Grundstück kann der Anspruch nicht verfolgt werden (SeuffA 56 Nr 150). Vgl. aber wegen der Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigten A 14.

8. Das **Verlangen** kann, wenn die Beteiligten sich nicht einigen, nicht nur im Wege der Klage, sondern auch im Wege der Einrede (z. B. gegenüber der Eigentumsfreiheitsklage des Nachbars) und im Wege der Widerklage verfolgt werden (RG JW 06, 233[19]; SeuffA 61 Nr 205). Denn das Notwegrecht besteht schon mit dem Vorliegen seiner gesetzlichen Voraussetzungen und wird nicht erst durch Urteilsspruch begründet (M 3, 292; A 12). Die Klage ist, wenn mehrere Grundstücke für den Notweg in Betracht kommen, gegen die Eigentümer aller dieser Grundstücke zu richten. Ist dabei ein ungeeignetes Grundstück in Anspruch genommen, so wird die Klage insoweit abgewiesen (SeuffA 56 Nr 150). Die Richtung des Weges braucht die Klage nicht im einzelnen anzugeben, da nach Satz 2 das Urteil hierüber nähere Bestimmung zu treffen hat. Der Anspruch unterliegt nach § 924 nicht der Verjährung. Die tatsächliche Ausübung des Notwegrechts gibt keinen Besitzschutz. Denn das BGB kennt grundsätzlich nur einen Sach-, nicht auch einen Rechtsbesitz. Die im § 1029 für eingetragene Dienstbarkeiten gegebene Ausnahmevorschrift ist auf ein Notwegrecht, das weder eine Dienstbarkeit ist noch eingetragen wird, nicht anwendbar (str.; M 3, 292; anders Prot 3, 155; OLG 10, 110). — Die Pflicht zur Duldung des Notwegs stellt eine auf der Lage des Grundstücks beruhende gesetzliche Eigentumsbeschränkung dar (A 11). Sie ist, wenn das Grundstück verkauft wird, kein Mangel im Recht, von dem der Verkäufer den Käufer gemäß § 434 freizuhalten hätte (RG Gruch 60, 997).

9. Der **Mangel** kann z. B. dadurch **gehoben** werden, daß ein neuer öffentlicher Weg angelegt oder daß der Eigentümer durch den Erwerb eines andern Grundstücks in die Lage versetzt wird, über seinen eigenen Grund und Boden zu dem öffentlichen Weg zu gelangen (OLG 2, 506; A 1).

10. Die **erforderliche Verbindung** ist die zur ordnungsmäßigen Benutzung des wegebedürftigen Grundstücks notwendige. Ihr Umfang und ihre Art bestimmen sich nach Lage des einzelnen Falles (z. B. Landweg mit oder ohne Brücke; SeuffA 53 Nr 215). Immer aber muß es sich um einen Weg handeln. Das ergibt sich daraus, daß die Verbindung mit einem öffentlichen Weg hergestellt werden soll (str.). Daher stützt § 917 nicht den Anspruch z. B. auf Herstellung einer Schwebebahn (SeuffA 62 Nr 41), Legung eines Gas- oder Wasserleitungsrohrs, Zuleitung von elektrischem Strom (a. M. JW 1932, 1069[8]). Besteht das Bedürfnis der Verbindung nur für einen Teil des Grundstücks, so kann nur ein entsprechend beschränkter Notweg verlangt werden (RG 79, 120).

11. Der Nachbar braucht nur zu **dulden**, ist aber nicht zu einer Tätigkeit verpflichtet. Anlage und Unterhaltung des Notwegs liegen dem Notwegberechtigten ob. Das Eigentum am Wegekörper behält der Nachbar. Die Duldungspflicht ist nicht nur eine schuldrechtliche, sondern eine auf dem Grundstück lastende, das Eigentumsrecht (§ 903) einschränkende Pflicht (A 8). Deshalb ist sie nicht eintragungsbedürftig. Sie ist aber auch, selbst auf Bewilligung des betroffenen Eigentümers, nicht eintragungsfähig. Denn es handelt sich bei ihr nicht um eine selbständige Belastung zugunsten eines bestimmten Berechtigten, sondern um eine dem Eigentum gesetzlich innewohnende Schranke (str.; JFG 3, 329). Hier gilt entsprechend das, was in § 912 A 10 zu der Frage der Eintragung der Verpflichtung zur Duldung eines Überbaus bemerkt ist.

12. Das **Urteil** bewirkt nicht die Entstehung des Rechts auf den Notweg (konstitutiv), sondern stellt nur (deklaratorisch) das Bestehen und den Umfang des Rechts fest, das beim Vorliegen der Voraussetzungen kraft Gesetzes entsteht (M 3, 292; SeuffA 61 Nr 205). Deshalb kann das Recht auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden (A 8). Deshalb ist auch die durch das Urteil gegebene nähere Begrenzung des Wegerechts nicht eintragbar (A 11). Das Urteil hat die Einzelheiten des Notwegs, seine Richtung und die Zeit und Art seiner Benutzung festzustellen. Die Zwangsvollstreckung erfolgt im Falle der Zuwiderhandlung gegen die im Urteil auferlegte Duldung nach § 890 ZPO. Wird die Ausübung des festgesetzten Notwegs beeinträch-

tigt, so steht dem Notwegberechtigten, da es sich um ein einer Grunddienstbarkeit ähnliches Recht handelt, die Abwehrklage nach §§ 1004, 1027 zu (OLG 29, 339).

13. Die Höhe der **Rente, wodurch die Nachbarn zu entschädigen sind**, bestimmt sich nicht nach dem Nutzen, den der Eigentümer des notwegbedürftigen Grundstücks von dem Notweg hat, sondern nach dem Nachteil, den die Nachbarn durch den Notweg erleiden (**RG** Warn 1914 Nr 290).

14. Die entsprechende Anwendung des **§ 912 Abs 2 Satz 2** ergibt, daß für die Höhe der Rente der Zeitpunkt entscheidend ist, in dem die Duldungspflicht entstanden, d. h. die Notlage vorhanden und das Verlangen gestellt ist. Mit diesem Zeitpunkt tritt die Wertminderung des Grundstücks durch die gesetzliche Eigentumsbeschränkung zutage. Von nun an wird z. B. der Eigentümer, wenn er verkaufen will, angesichts der dem Käufer mitzuteilenden Geltendmachung des Notweganspruchs sich mit einem niedrigeren Kaufpreise begnügen müssen (**RG** 87, 425). Die Festsetzung der Höhe der Rente nach den Verhältnissen in dem genannten Zeitpunkt ist dauernd maßgebend. Deshalb kann eine Erhöhung der festgesetzten Rente wegen späteren Steigens des Grundstückswerts nicht verlangt werden (Prot 3, 156). Wenn aber die Richtung oder der Umfang des Weges geändert werden soll, kann auch eine Änderung der Rente verlangt werden (Prot 3, 156). Die Rentenpflicht beginnt mit der Duldungspflicht, nicht erst dann, wenn der Notwegberechtigte den Weg tatsächlich benutzt hat, mögen auch noch Herstellungsarbeiten zu einer besonderen Anlegung des Weges erforderlich sein (**RG** 87, 425). Daher beginnt die Rentenpflicht, wenn die Duldungspflicht durch Urteil ausgesprochen wird, mit der Rechtskraft des Urteils (**RG** 87, 425). Der Notwegverpflichtete darf der Ausübung des Notwegrechts nicht widersprechen, wenn der Notwegberechtigte mit der Zahlung der Rente im Rückstand ist (M 3, 292). Die entsprechende Anwendung der **§§ 913, 914** ergibt keine Besonderheiten gegenüber der Überbaurente. Was über die Haftung der Notwegrente für die Hypotheken, über ihre Unabtrennbarkeit, rechtliche Natur, Rangverhältnisse, Festsetzung durch Vertrag, die Unzulässigkeit ihrer Eintragung, ihre Unverjährbarkeit, den Verzicht auf sie, ihr Erlöschen zu sagen ist, ergibt sich mithin aus § 913 A 1, 2, 4; § 914 A 1, 2, 3, 4, 5, 6. Der § 915 (Recht des Rentenberechtigten, Abnahme des Grund und Bodens zu verlangen) findet hier keine Anwendung. Nach **§ 916** haben diejenigen, denen ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstück zusteht, den Notweg ebenso zu dulden wie der Eigentümer. Anderseits haben sie, soweit sie hierdurch beeinträchtigt werden, gleichfalls einen Anspruch auf Entschädigung durch Rentenzahlung gemäß §§ 912—914. Dasselbe gilt von den in den Artt 63, 68, 196 EG aufgeführten Berechtigten.

15. Auf die Rente finden die Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in Artt 113—115 EG keine Anwendung (Art 116 EG). Nach Art 181 Abs 1 EG sind die §§ 917, 918 auch dann anzuwenden, wenn die Voraussetzungen des Notwegs vor dem Inkrafttreten des BGB vorlagen, das Verlangen aber erst später gestellt ist (OLG 2, 506).

§ 918

Die Verpflichtung zur Duldung des Notwegs tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung [1]) des Eigentümers [2]) aufgehoben wird [3]).

Wird infolge der Veräußerung eines Teiles des Grundstücks der veräußerte oder der zurückbehaltene Teil von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten, so hat der Eigentümer desjenigen Teiles, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat, den Notweg zu dulden. Der Veräußerung eines Teiles steht die Veräußerung eines von mehreren demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken gleich [4]).

E I 863 II 831; M 3 291; P 3 149 ff.

1. Die Aufhebung der Verbindung muß durch eine **Handlung** des Eigentümers (z. B. Abbrechen einer Brücke, Aufführen einer Mauer, Verschüttung eines Zugangs, Verzicht auf eine Wegegerechtigkeit) verursacht sein. Eine Aufhebung durch Naturereignisse ist also nicht hierher zu zählen. Die Handlung des Eigentümers muß eine **willkürliche** sein, d. h. auf freier Entschließung beruhen und bei Berücksichtigung der Bedürfnisse des Nachbars nach verständigem Ermessen durch die Sachlage nicht geboten erscheinen (SeuffA 75 Nr 160). Wird die Verbindung durch eine zwar neue, aber ordnungsmäßige Benutzung des Grundstücks aufgehoben (z. B. dadurch, daß der Eigentümer auf seinem Grundstück ein Gebäude oder einen Eisteich errichtet oder ein Grundstück hinzuerwirbt), so liegt eine willkürliche Handlung nicht vor (**RG** V 313/06; JW 1925, 475[18]; § 917 A 2). Den Beweis der Voraussetzung des § 918 Abs 1 hat der Nachbar zu führen.

2. Der Handlung des **Eigentümers** steht die des Erbbauberechtigten oder auch nur eines der Miteigentümer gleich. Nach einer willkürlichen Aufhebung haben auch alle späteren Eigentümer kein Recht auf Notweg.

3. Ein Fall des Abs 1 liegt nicht vor, insbesondere ist die Verbindung nicht im Sinne dieser Vorschrift **aufgehoben,** wenn die frühere Verbindung mit dem öffentlichen Wege fortbesteht und nur durch eine anderweitige Benutzung des Grundstücks oder durch den Hinzuerwerb eines anderen Grundstücks (A 1) unzureichend geworden ist (**RG** Warn 1914 Nr 290; JW 1925, 475[18]). Dann kommt es darauf an, ob die neue Benutzungsart nach vernünftigem Ermessen den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht (§ 917 A 3).

4. Der (nach § 924 unverjährbare) Anspruch auf den Notweg besteht in den Fällen des Abs 2 **nur im Verhältnis der getrennten Grundstücke** zueinander; dritte Grundstücke kommen für den Notweg nicht in Betracht (OLG 26, 32). Ein Verzicht auf den Anspruch hat zwar nur persönliche Wirkung unter den Beteiligten (str.; Prot 5, 153). Nach einem solchen Verzicht kann aber gemäß Abs 1 kein Recht auf Notweg gegenüber anderen Nachbarn geltend gemacht werden, da die Veräußerung eine willkürliche Handlung war. Die Worte **„über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat“** kennzeichnen nur den **Teil des** früher einheitlichen **Grundstücks,** welcher infolge der Trennung notwegpflichtig geworden ist. Aus ihnen ist nicht zu folgern, daß der Notweg nur so verlangt und gewährt werden könne, wie der bisherige Eigentümer den Weg nach dem öffentlichen Wege tatsächlich genommen habe. Vielmehr darf und muß der Richter den nach allgemeinen Grundsätzen geeigneten Notweg bestimmen, auch wenn dieser von der Richtung des bisher gewählten Weges abweicht. Denn Abs 2 gewährt nur ein Recht auf **„Duldung eines Notwegs“,** nicht ein Recht auf Duldung der Benutzung des bisherigen Verbindungsweges (OLG 26, 31). Im Falle der **Veräußerung eines von mehreren demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken** hat der Notweg über dasjenige Grundstück zu führen, über das der Eigentümer vor der Veräußerung von dem nunmehr abgeschnittenen Grundstück zu dem öffentlichen Weg gelangen konnte (OLG 26, 32).

§ 919

[1]) Der Eigentümer [2]) eines Grundstücks [3]) kann von dem Eigentümer [4]) eines Nachbargrundstücks verlangen [5]), daß dieser zur Errichtung fester Grenzzeichen [6]) und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirkt [5]).

Die Art der Abmarkung und das Verfahren [7]) bestimmen sich nach den Landesgesetzen [8]); enthalten diese keine Vorschriften, so entscheidet die Ortsüblichkeit.

Die Kosten der Abmarkung sind von den Beteiligten zu gleichen Teilen zu tragen, sofern nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt [9]).

E I 851 II 832; M 3 268 ff.; P 3 125 f.

1. Grenzabmarkung. § 919 hat zur Voraussetzung, daß die Grenze unter den Nachbarn nicht streitig ist, aber feste Grenzzeichen entweder überhaupt nicht vorhanden oder unkenntlich oder verrückt worden sind (**RG**St 41, 96). Ist die Grenze streitig, so greift der vom Grenzabmarkungsanspruch verschiedene Grenzscheidungsanspruch aus § 920 Platz.

2. Dem **Eigentümer** stehen gleich die Erbbauberechtigten (VO v. 15. 1. 19 § 11) und die in Artt 63, 68 EG aufgeführten Nutzungsberechtigten, aber nicht andere Berechtigte am Grundstück (z. B. Nießbraucher, Dienstbarkeitsberechtigte, Hypothekengläubiger). Denn es handelt sich um einen Anspruch aus dem Eigentum (**RG** 56, 59). Befindet sich das Grundstück im Miteigentum mehrerer, so kann nach § 1011 jeder von ihnen den Anspruch erheben.

3. Gleichviel, ob ländliches oder städtisches **Grundstück.** Jedoch nicht ein Gebäude mit Grenzwänden, die eine Grenzabmarkung unnötig machen (**RG** 44, 171).

4. Außer vom **Eigentümer** auch von Erbbauberechtigten und den in Artt 63, 68 EG aufgeführten Berechtigten am Nachbargrundstück. Miteigentümer müssen gemeinsam verklagt werden (**RG** JW 06, 233[19]).

5. Das **Verlangen** der Abmarkung kann bei Zustimmung aller Beteiligten im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit in dem durch die Landesgesetze geordneten Verfahren (vgl. für Peußen §§ 362—371 ALR I 17; Art 89 Nr 1 AG. BGB; Art 31 PrFGG) zur Durchführung gebracht werden (**RG**St 41, 97; OLG 15, 352). Erhebt der Grenznachbar Widerspruch gegen die Abmarkung, so gewährt § 919 Abs 1 gegen ihn die Klage auf Mitwirkung bei der Grenzabmarkung (**RG**St 41, 97). Der Abs 2 läßt in dieser Hinsicht eine Änderung des Reichsrechts durch die Landesgesetze nicht zu; er bezieht sich nur auf das Verfahren bei der Abmarkung, nicht auf das prozessuale Verfahren. Die Klage ist im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 ZPO) gemäß § 13 GVG vor den ordentlichen Gerichten zu erheben, sofern nicht landesgesetzlich Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte für zuständig erklärt sind (vgl. für Bayern Artt 19,

30 des Abmarkungsges. v. 30. 6. 00; Art 156 AG. BGB). Der Klagantrag ist zu richten auf Verurteilung des Beklagten zur **Mitwirkung bei der Errichtung oder Wiederherstellung der Grenzzeichen** und zur Tragung der Hälfte der Abmarkungskosten. Mit dieser Klage kann auch eine Grenzscheidungsklage aus § 920 verbunden werden (RGSt 41, 97). Der Anspruch auf Abmarkung ist dinglicher Natur und nach § 924 unverjährbar. Ein Verzicht auf ihn hat keine Wirkung gegenüber Dritten, weil dingliche Belastungen nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen zulässig sind, ein dinglich wirkender Verzicht aber eine solche Belastung enthielte (M 3, 270; Prot 3, 126). Zwischen den Beteiligten (schuldrechtlich) ist der Verzicht wirksam (Prot 3, 126).

6. **Feste Grenzzeichen** sind solche, die in der Zukunft dauernd geeignet bleiben, die durch die Nachbarn erfolgte Anerkennung des Grenzzuges zu beweisen (M 3, 269) und die Grenze äußerlich sichtbar zu machen. Vgl. über den Begriff der Grenzzeichen im Sinne des § 274 Nr 2 StGB: RGSt 6, 49; 10, 47; 23, 257; 41, 94; 56, 193; OLG 15, 353.

7. **Die Art der Abmarkung und das Verfahren,** aber auch nur sie bestimmen sich nach den Landesgesetzen, nicht z. B. das Verfahren des Abmarkungsprozesses (A 5). Ist der Nachbar zur Mitwirkung bei der Abmarkung verurteilt (A 5), so kann seine Mitwirkung gemäß § 888 ZPO erzwungen werden. Die Rechte Dritter (ausgenommen die in A 2, 4 bezeichneten) an dem einen oder dem andern Grundstück (z. B. eines Nießbrauchers), die nicht hinzugezogen worden sind, werden weder durch ein Urteil auf Mitwirkung gegen den Nachbar noch durch die Abmarkung selbst berührt (M 3, 270; OLG 15, 351).

8. **Über landesgesetzliche** Vorschriften in dieser Hinsicht vgl. für Preußen: AG.BGB Art 89 Nr 1; ALR I 17 §§ 362—371 (A 5); für Bayern: Abmarkungsges. v. 30. 6. 00.

9. Die **Kosten der Abmarkung,** nicht auch die Kosten des etwa entstehenden Abmarkungsprozesses (wofür die §§ 91ff. ZPO gelten), sind regelmäßig **von den beiden Grenznachbarn je zur Hälfte zu tragen,** da sich die Abmarkung als ein gemeinschaftliches Geschäft darstellt. Umfaßt das Abmarkungsverfahren mehr als zwei Grundstücke, so trägt jeder Beteiligte nur die Hälfte der auf seine Grenze entfallenden Kosten (Prot 3, 126). Ist ein Grenzzeichen durch Schuld eines Beteiligten beseitigt, verrückt oder unkenntlich geworden, so kann sich daraus (nach § 823 Abs 2 BGB; § 274 Nr 2 StGB) die Verpflichtung ergeben, die Kosten ganz zu tragen (M 3, 269). Hat ein Beteiligter mehr als die auf ihn fallenden Kosten bezahlt, so hat er einen Erstattungsanspruch.

§ 920

[1] Läßt sich im Falle einer Grenzverwirrung [2] die richtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend [3]. Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzuteilen [4].

Soweit eine diesen Vorschriften entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke, nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht [5].

E I 852 II 833; M 3 270 ff.; P 3 126 f.

1. Der **Grenzscheidungsanspruch** aus § 920 setzt im Gegensatz zum Abmarkungsanspruch aus § 919 voraus, daß Streit über den Lauf der Grenze zwischen Nachbargrundstücken besteht (M 3, 270). Jeder der beiden Nachbarn kann gegen den andern im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 ZPO) auf Ermittlung der Grenze klagen. Diese Klage ergänzt hinsichtlich der Grenzflächen von Grundstücken den durch die §§ 985, 1004 gewährten Eigentumsschutz (M 3, 270). Will der Eigentümer eine streitige Fläche auf der Grenze bis zu einer bestimmten Linie für sich in Anspruch nehmen und glaubt er sein Eigentum nachweisen zu können, so hat er die Eigentumsklage auf Herausgabe der Fläche (§ 985) oder die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004) zu erheben oder auch (z. B. wenn er selbst im Besitz des Streitstücks ist) auf Feststellung seines Eigentums zu klagen, wobei er eine bestimmte Behauptung aufstellen und einen entsprechenden Antrag stellen muß (M 3, 271; RG Warn 1921 Nr 10). Ist der Lauf der Grenze aber so verdunkelt, daß von keinem Streitteil die richtige Grenze nachgewiesen werden kann, so ist die Klage aus § 920 gegeben. Hierbei braucht der Klagantrag nicht auf Feststellung einer bestimmten Grenze gerichtet zu sein. Vielmehr genügt ein Antrag dahin, den Lauf der Grenze richterlich festzusetzen. Ein solcher Antrag ist mit Rücksicht auf den Klagegrund der Grenzverdunklung ein bestimmter Antrag im Sinne des § 253 Nr 2 ZPO (str.). Ist aber in dem Antrag eine bestimmte Grenze angegeben, so darf der Richter gemäß § 308 ZPO nicht darüber hinaus erkennen. Hat der Kläger mit einem solchen

Antrag nach der Feststellung des Richters zuviel verlangt, so ist er insoweit mit der Klage abzuweisen (str.). Die Klage führt aber nicht zu einem doppelseitigen Rechtsstreit in dem Sinne, daß der Kläger verurteilt werden könnte (str.). Mit der Klage kann auch ein Eigentumsanspruch auf Herausgabe und Ersatz von Früchten (§§ 985 ff.) sowie ein Abmarkungsanspruch (§ 919) verbunden werden (§ 919 A 5). Zur Grenzermittlungsklage aktiv und passiv legitimiert sind nur die Eigentümer der Nachbargrundstücke, da ein Anspruch aus dem Eigentum, gerichtet auf Feststellung des Umfangs des Eigentums, geltend gemacht wird (str.; **RG** 56, 60; HRR 1932 Nr 1129). Im Falle des Miteigentums kann nach § 1011 auch ein einzelner Miteigentümer klagen, während als Beklagte sämtliche Miteigentümer belangt werden müssen. Besteht Streit darüber, ob das Recht eines andern Berechtigten am Grundstück (z. B. Erbbauberechtigten, Nießbrauchers, Dienstbarkeitsberechtigten: VO v. 15. 1. 19, §§ 1027, 1065, 1090 Abs 2) sich räumlich auf eine Grenzfläche erstreckt, so sind, wenn Grenzverwirrung vorliegt, in einem Prozesse unter den Beteiligten über den Umfang des Rechts die Grundsätze des § 920 entsprechend anzuwenden (M 3, 273). Um eine eigentliche Grenzermittlungsklage handelt es sich dabei aber nicht; vielmehr bildet die richterliche Grenzermittlung nur einen Entscheidungsgrund des Urteils (str.); dieses Urteil hat keine Wirkung gegenüber dem Eigentümer (§ 325 ZPO). Anderseits wirkt das Urteil im Grenzermittlungsprozesse nicht gegenüber den anderen nicht zugezogenen Realberechtigten. Denn es schafft nicht (konstitutiv) eine allgemeinhin anzuerkennende neue Grenze, sondern stellt nur (deklaratorisch) fest welche Grenze im Verhältnisse zwischen den beteiligten Eigentümern als die richtige zu gelten habe (str.; **RG** JW 06, 302[7]). Das ergehende Urteil steht einem Feststellungsurteil gleich. Deshalb findet eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil nicht statt (SeuffA 47 Nr 302). Jedoch kann nach Maßgabe des Urteils Abmarkung (§ 919) verlangt werden. Ferner kann auf Grund des Urteils die etwa erforderliche Berichtigung des Grundbuchs (wenn z. B. der grundbuchmäßige Bestand der Grundstücke von der ermittelten Grenze abweicht) gemäß § 22 GBO erfolgen, ohne daß es einer Auflassung bedarf (OLG 20, 405). — Der Anspruch aus § 920 ist unverjährbar (§ 924). — Wenn die Nachbarn in Ungewißheit über den Grenzzug diesen durch Vertrag festsetzen, so handelt es sich nicht um die Übernahme einer Verpflichtung zur Eigentumsübertragung. Vielmehr wird nur die Ungewißheit gelöst, indem die Vertragsteile es so angesehen wissen wollen, als sei nunmehr die (bisher subjektiv ungewisse) Grenze (objektiv) richtig ermittelt, wie durch ein Urteil im Grenzermittlungsprozesse. Daher bedarf ein solcher Vertrag nicht der Form des § 313, es sei denn, daß die Vertragsteile sich gegenseitig zur Übertragung von Grundstücksteilen (ausdrücklich) verpflichten (**RG** JW 06, 302[7]).

2. **Grenzverwirrung** liegt vor, wenn keine Grenzzeichen vorhanden sind und auch sonst der Grenzzug sich nicht ermitteln läßt. Der Kläger muß dies, wenn er auf Grenzermittlung klagt, zur Begründung der Klage behaupten.

3. Das Gesetz erklärt **für die Abgrenzung den Besitzstand als maßgebend** und stellt damit in erster Linie die Vermutung auf, daß, wenn die richtige Grenze nicht zu ermitteln ist, das Eigentum so weit reicht wie der Besitzstand. Hierauf kann sich der Kläger berufen. Er muß den von ihm behaupteten Besitzstand beweisen. Gelingt dieser Beweis, so ist nach Maßgabe des Besitzstandes die Grenze im Urteil festzusetzen, wenn nicht der Beklagte den Gegenbeweis führt, daß die richtige Grenze in Wirklichkeit anders verläuft. Erweist sich der gegenwärtige Besitz des Klägers als ein fehlerhafter (§ 858), so ist die Vermutung zu seinen Gunsten widerlegt. Dann ist der frühere Besitzstand des aus seinem Besitz unrechtmäßig verdrängten Gegners maßgebend (M 3, 271). Anderseits kann der Kläger, der aus dem Besitz unrechtmäßig (durch verbotene Eigenmacht) verdrängt ist, sich auf seinen früheren Besitz berufen, und zwar ohne zuvor die Besitzstörungsklage (§ 861) anstellen zu müssen (M 3, 272).

4. **Soweit der Besitzstand nicht festgestellt** werden kann, wird nach der vom Gesetz aufgestellten zweiten Vermutung für den Eigentumsumfang die bis zu der erwiesenen Besitzgrenze als streitig übrigbleibende Fläche ohne Rücksicht auf die Größe der beiden Grundstücke **in zwei gleiche Teile geteilt.**

5. Der Grundsatz, daß die Grenzfeststellung nach Maßgabe der in A 3, 4 dargelegten Vermutungen zu erfolgen hat, erfährt in Abs 2 durch den **Grundsatz der Billigkeit** eine Einschränkung dahin, daß das Ergebnis nicht der Billigkeit widersprechen darf. Ist also nach den obwaltenden Umständen das auf Grund des Abs 1 ermittelte Ergebnis unbillig, so ist die Grenze so festzusetzen, wie es der Billigkeit entspricht (**RG** SeuffA 76, 191). Ist z. B. zwar die richtige Grenze nicht erwiesen, steht aber immerhin fest, daß von zwei Grundstücken das eine 100, das andere 200 qm groß ist, so muß die Bestimmung der Grenze so erfolgen, daß jeder Nachbar ein Grundstück von dem ihm unzweifelhaft zustehenden Flächeninhalt erhält (Prot 3, 126).

§ 921

Werden zwei Grundstücke [1]) durch einen Zwischenraum [2]), Rain, Winkel, einen Graben, eine Mauer, Hecke, Planke oder eine andere Einrichtung, die

zum Vorteile beider Grundstücke dient, voneinander geschieden [3]), so wird vermutet [4]), daß die Eigentümer der Grundstücke [5]) zur Benutzung der Einrichtung gemeinschaftlich berechtigt seien [6]), sofern nicht äußere Merkmale darauf hinweisen [7]), daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört [8]).

E I 854 Abs 1 II 834; M 3 274—277; P 3 129—131.

1. Das BGB geht davon aus, daß **unmittelbar angrenzende Nachbargrundstücke** nur durch eine mathematische Linie voneinander getrennt sind, daß also keine Fläche dazwischen liegt und das Eigentum an den Grundstücken und den damit verbundenen Bestandteilen (§§ 93ff., 946) sich beiderseits bis zu der Linie erstreckt (M 3, 274; RG 53, 311; 65, 363; Gruch 45, 1018). Befindet sich daher auf der Grenze eine Anlage (z. B. ein Gebäude, eine Mauer), die von der Grenzlinie durchschnitten wird, so steht jedem Nachbar das Eigentum an dem Teil auf seiner Seite bis zur Grenzlinie zu (RG 70, 201; Warn 1924 Nr 98; OLG 18, 139; 29, 340), sofern nicht bei einem Grundstück § 95 Abs 1 Satz 2 oder § 912 Platz greift (RG 65, 363; 72, 272; § 94 A 1). Die Nachbarn sind nicht etwa Miteigentümer der ganzen Anlage nach Bruchteilen (M 3, 274; RG 53, 311; 70, 201; OLG 18, 139). Dies gilt auch dann, wenn die Grundstücke früher in einer Hand waren und dann das eine Grundstück an einen andern veräußert ist (wobei mangels einer entgegengesetzten Vereinbarung der Preis für das Grundstück auch das Entgelt für den Anlageteil umfaßt) oder wenn beide Grundstücke gesondert zwangsversteigert und von verschiedenen Erstehern erworben sind (RG 65, 363; 70, 201; 72, 272; Warn 1924 Nr 98; OLG 29, 340). Wird die Anlage niedergerissen oder sonst beseitigt, so verbleiben die Stücke, die beiderseits innerhalb der Grundstücksgrenzen sich befunden hatten, im Eigentum des Nachbars, dem das Grundstück gehört. Dagegen werden die untrennbaren Stücke, die durch die Grenzlinie durchschnitten werden, Miteigentum der beiden Nachbarn nach Bruchteilen, entsprechend der früheren räumlichen Erstreckung der Stücke auf das eine und das andere Grundstück. Denn sie unterliegen nach der Trennung vom Boden den für bewegliche Sachen geltenden Rechtsgrundsätzen, und eine Sonderinhabung eines jeden der beiden Grundstückseigentümer daran ist tatsächlich nicht möglich (M 3, 277; RG 70, 201). Nach § 903 ist jeder Nachbar, soweit nicht etwa ein Vertrag entgegensteht, in Ausübung seines Eigentumsrechts berechtigt, die Stücke, die neben der Grenze liegen, bis zur Grenzlinie abzusägen, abzuhauen oder sonst niederzureißen und abzutrennen. Dagegen darf er die unmittelbar auf der Grenze stehenden Stücke nicht ohne Einwilligung des Nachbars als ganze Stücke abtrennen und wegnehmen, da auch dem Nachbar Eigentum daran zusteht und somit die Wegnahme in das Eigentumsrecht des Nachbars eingreifen würde. Handelt es sich um ein Gebäude, so muß er beim Abbruch aller Stücke nach § 823 BGB, § 367 Nr 14 StGB geeignete Schutzmaßregeln treffen, durch die der Einsturz des Gebäudeteils des Nachbars verhindert wird (RG 70, 206). Auf alle diese Eigentumsverhältnisse bezieht sich § 921 aber nicht. Er stellt nur bei gewissen Grenzeinrichtungen die gesetzliche Vermutung für ein gemeinsames Benutzungsrecht der Nachbarn auf, nicht etwa die Vermutung für ein Miteigentum an der Einrichtung (M 3, 275; RG 53, 307; 70, 203; JW 1911, 366[2]; Gruch 45, 1018). Über die Frage, zu welchem Grundstück eine auf der Grenze errichtete Giebelmauer gehört, die als gemeinschaftliche Giebelmauer der Nachbarn dienen soll, und über die Folgen des Anbaus des Nachbars an die Mauer vgl. § 95 A 5. Das Zaunrecht nach Preuß. ALR bei nicht erweislich feststehender Grenze behandelt JW 1933, 1337[2].

2. Ein die Nachbargrundstücke scheidender **Zwischenraum** besteht aus Bestandteilen beider Grundstücke, ist also kein im Miteigentum der beiden Nachbarn stehendes selbständiges Grundstück (SeuffA 62 Nr 207).

3. Unter **Einrichtungen** sind, wie sich aus den angeführten Beispielen und daraus ergibt, daß sie zwei Grundstücke **voneinander scheiden** und **zum Vorteile beider Grundstücke** dienen sollen, nur solche Anlagen zu verstehen, die nach ihrer Gestaltung und Lage die beiden Grundstücke voneinander scheiden und gerade hierdurch, also durch ihre Lage auf der Grenze und durch ihre die Grundstücke scheidende Wirkung, beiden Grundstücken zum Vorteil dienen. Daher sind die Teile eines von der Grenze durchschnittenen Gebäudes keine solche Einrichtungen, da ihre Grenzlage als solche weder für das eine noch für das andere Grundstück von Vorteil ist (RG 70, 204). Ebensowenig gehören hierher gemeinsame Brunnen, Dachrinnen, Dungstätten (str.). Wohl aber ein auf der Grenze errichteter Bau oder eine dort gemachte Anpflanzung mit scheidender Wirkung (Beispiele: Mauer, Hecke), wobei zu der Einrichtung auch der verwendete Grund und Boden gehört (RG Warn 1915 Nr 270). Daraus, daß die Einrichtung zum Vorteil beider Grundstücke dienen und sie beide scheiden soll, ist weiter zu schließen, daß die Grenze durch die Einrichtung hindurchgehen muß. § 921 findet daher nicht Anwendung, wenn sich die Einrichtung neben der Grenze und ausschließlich auf einem der beiden Grundstücke befindet (RG Warn 1911 Nr 243) oder wenn die Einrichtung nur dem Vorteil eines Grundstücks dient.

4. Die **Vermutung** setzt voraus, daß die Grundstücke aneinander grenzen, ihre Grenze durch die Einrichtung geht und diese dadurch, daß sie die Grundstücke voneinander scheidet, zum Vor-

teil beider Grundstücke dient (A 3). Meist wird es bei Grenzeinrichtungen zweifelhaft sein, wie die Grenze läuft. Dann soll nach der aufgestellten Vermutung die scheinbare Grenzeinrichtung für die gemeinschaftliche Benutzung als eine wirkliche gelten (M 3, 276). Die Vermutung wird beseitigt durch den Nachweis, daß die ganze Einrichtung einem Nachbar allein gehört, insbesondere auf dem Grundstück des einen Nachbars steht (RG Warn 1911 Nr 243; 1915 Nr 270; A 3). Auch ohne einen solchen Nachweis genügt zur Entkräftung der Vermutung das Vorliegen äußerer Merkmale (A 7), die darauf hinweisen, daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört (RG 70, 203). Ein Recht zur Mitbenutzung der Grenzeinrichtung kann dann von dem andern Nachbarn nur durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit erlangt werden.

5. Die **Eigentümer** können ihr Benutzungsrecht gemäß § 96 nicht losgelöst von ihrem Eigentum auf einen Dritten übertragen. Die Realgläubiger der Grundstücke (Nießbraucher, Hypothekengläubiger) können die Mitbenutzung nicht hindern.

6. Nur für das **Recht zur gemeinschaftlichen Benutzung,** nicht für ein Miteigentum streitet die Vermutung (A 1). Der Inhalt des Benutzungsrechts wird im § 922 näher geregelt. Die Berechtigung ist nicht eine gesetzliche Grunddienstbarkeit, die das BGB nicht kennt, sondern eine gesetzliche gegenseitige Beschränkung des Eigentums des einen zugunsten des andern Grundstücks. Sie kann als eine gegenseitige, grunddienstbarkeitsähnliche Belastung bezeichnet werden mit der Maßgabe, daß nur eine gemeinschaftliche Benutzung stattfindet (Prot 3, 130; RG Gruch 45, 1018; Warn 1916 Nr 169). Sie ist aber weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig (str.). Wird das Benutzungsrecht durch Vertrag anders (als im § 922) geregelt, so wird darin die Bestellung einer Grunddienstbarkeit liegen, die den allgemeinen Regeln hierfür untersteht (M 3, 277).

7. Die **äußeren Merkmale,** wodurch die Vermutung beseitigt wird (A 4), müssen dem Auge sichtbare Zeichen sein, die nach allgemeiner Anschauung für ein Alleineigentum des einen Nachbars an der ganzen Grenzeinrichtung sprechen. Beispielsfall: die Pfosten eines Grenzzauns stehen nur auf einer Seite.

8. Die §§ 921, 922 finden auch auf Einrichtungen Anwendung, die schon vor dem **Inkrafttreten des BGB** bestanden (Artt 173, 181 EG; RG 53, 307). Eine Grenzmauer, die bis dahin nach dem bisherigen Recht im Miteigentum der Nachbarn stand, gehört seit dem 1. 1. 1900 den Nachbarn nicht mehr gemeinschaftlich. Sie haben nur das in §§ 921, 922 geregelte Benutzungsrecht. Hat z. B. im Gebiet des PrALR ein Nachbar auf einer Grenzmauer einen Aufbau errichtet, so kann der andere nicht mehr ohne weiteres die Zurückziehung bis zur Mitte verlangen (§ 135 PrALR I 8), sondern hat einen Beseitigungsanspruch nur insoweit, als sein Mitbenutzungsrecht durch den Aufbau beeinträchtigt wird (RG 53, 307). Wegen der auf Grund des Art 124 EG neben dem BGB geltenden **landesgesetzlichen** Vorschriften über Kommunmauern und Scheidemauern vgl. RG 55, 335; 58, 384; 63, 6; JW 08, 287[31]; 1933, 1337[2]; Warn 1915 Nr 225, 270; OLG 18, 130; 34, 190; 34, 191; § 95 A 5. Unberührt bleiben nach Art 111 EG die landesgesetzlichen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken. In Preußen kommen namentlich Vorschriften der Baupolizeiordnungen in Betracht. Nach ihnen sind daher die Rechtsverhältnisse einer Scheidemauer in erster Linie zu beurteilen (RG V 326/04).

§ 922

Sind die Nachbarn zur Benutzung [1]) einer der im § 921 bezeichneten Einrichtungen gemeinschaftlich berechtigt, so kann jeder sie zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergibt [2]), insoweit benutzen, als nicht die Mitbenutzung des anderen beeinträchtigt wird [3]). Die Unterhaltungskosten sind von den Nachbarn zu gleichen Teilen zu tragen [4]). Solange einer der Nachbarn an dem Fortbestande der Einrichtung ein Interesse hat, darf sie nicht ohne seine Zustimmung beseitigt oder geändert werden [5]). Im übrigen bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen den Nachbarn nach den Vorschriften über die Gemeinschaft [6]).

E I 854 Abs 2 II 835; M 3 276 f.; P 3 131 f.

1. § 922 bestimmt in Ergänzung des § 921 näher das Recht zur gemeinschaftlichen **Benutzung** der Grenzeinrichtungen. Besteht an einer Giebelmauer, die den Nachbarn je zur Hälfte gehört, eine gemeinschaftliche Benutzungsberechtigung nicht, so liegt in einer Benutzung über die Hälfte hinaus ein unbefugter Eingriff in das Eigentum des Nachbars (RG Warn 1911 Nr 243).

2. Nach der **Beschaffenheit der Einrichtung,** also insbesondere nach den äußeren Kennzeichen ihres Zwecks (RG Gruch 52, 1061), bestimmt sich in erster Linie (A 3) Inhalt und Umfang des

Benutzungsrechts. Beide Nachbarn können z. B. benutzen: einen Zwischenraum zur Aufstellung von Baugerüsten bei Ausbesserungen; einen Grenzrain zum Umwenden des Pfluges; einen Grenzgraben zur Abführung oder Entnahme von Wasser; eine Grenzmauer zur Gebäudestützung, Anlegung von Schornsteinen, auch zur Erhöhung und Verstärkung.

3. In zweiter Linie (A 2) bestimmt sich der Umfang des Rechts zur Benutzung danach, daß sie **nicht eine Beeinträchtigung** des **Mitbenutzungsrechts des andern Nachbars** zur Folge haben darf. Daher darf z. B. nur insoweit, als dies nicht der Fall ist: in einen Grenzgraben Wasser durch künstliche Leitungen geleitet (**RG** Gruch 47, 1066), in einer Mauer eine Nische angelegt (OLG 4, 294), in eine Mauer Treppenstufen eingefügt (**RG** Warn 1911 Nr 243), ein Aufbau auf einer Brandmauer über den dem Bauenden gehörigen Teil hinaus errichtet werden (**RG** Gruch 52, 1061, auch **RG** 53, 312). Ein Übergriff, insbesondere eine Beseitigung oder Änderung der Einrichtung, die der eine Teil ohne Zustimmung des andern an ihrem Fortbestand interessierten Teils vornimmt, oder eine Benutzung der Einrichtung zu einem Zweck, der sich nicht aus ihrer Beschaffenheit ergibt, oder eine Benutzung, durch die die Mitbenutzung des andern Teils beeinträchtigt wird, gewährt dem andern Teil kraft seines Eigentums an dem zu seinem Grundstück gehörigen Stück der Einrichtung oder kraft seines dienstbarkeitsähnlichen Rechts an dem übrigen Stück der Einrichtung (§ 921 A 6) nach §§ 1004, 1027 einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, wenn eine weitere Beeinträchtigung zu besorgen ist, einen Anspruch auf Unterlassung (M 3, 277; **RG** Warn 1916 Nr 169) oder auch einen Anspruch auf Vornahme von Vorkehrungen, welche die Beeinträchtigung beseitigen (**RG** Warn 1911 Nr 243). Das Benutzungsrecht ist aber wegen des Mitbenutzungsrechts des andern Nachbars nicht etwa stets nur auf die Hälfte der Einrichtung oder auf die eine Seite beschränkt. Vielmehr beschränkt § 922 es nur nach der Richtung, daß durch die Benutzung nicht die Mitbenutzung des Nachbars beeinträchtigt werden darf; an sich umfaßt es daher die ganze Einrichtung (z. B. eine Grenzmauer in ihrer ganzen Dicke: **RG** 53, 312; Warn 1911 Nr 243). Deshalb darf z. B. der eine Berechtigte in eine Giebelmauer, an der ein gemeinschaftliches Benutzungsrecht besteht, auch über die Mittellinie hinaus Treppenstufen einfügen, es sei denn, daß dadurch die Mitbenutzung des Nachbars beeinträchtigt wird (**RG** Warn 1911 Nr 243). Ferner beziehen sich die Beschränkungen des Benutzungsrechts aus § 922 nur auf die Grenzeinrichtung selbst, erstrecken sich aber nicht auf das anstoßende Grundeigentum der Nachbarn (**RG** Warn 1916 Nr 169). Daher gewährt eine von dem einen Nachbar auf seinem Grundstück zwar an der Grenze getroffene, aber auf die Benutzung der Grenzeinrichtung nicht einwirkende Maßnahme (z. B. eine Mauererhöhung an einem Zwischenraum) dem andern Nachbar keinen Abwehranspruch, sofern nicht ein solcher nach anderen gesetzlichen Vorschriften (z. B. landesrechtlichen Eigentumsbeschränkungen) oder auf Grund eines besondern Rechtstitels gegeben ist (**RG** Warn 1916 Nr 169).

4. Die **Unterhaltungskosten** sind ohne Rücksicht auf die Benutzungsweise stets (nicht wie nach §§ 742, 748 nur im Zweifel) **zu gleichen Teilen** zu tragen. Dasselbe gilt nach Satz 4 und § 748 auch für die Lasten und die Kosten der Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung. Im Falle schuldhafter Beschädigung können jedoch die Ausbesserungskosten nach § 823 einem Teil allein zur Last fallen.

5. Das **Interesse** auch nur eines Nachbars **an dem Fortbestande** hindert die Beseitigung oder Änderung der Einrichtung ohne seine Zustimmung. Dieses Interesse braucht kein vermögensrechtliches zu sein. Stimmt aber ein Nachbar trotz mangelnden Interesses nicht zu, so kann der andere gegen ihn auf Einwilligung in die Beseitigung oder Änderung klagen. Anderseits hat der interessierte Nachbar auf Grund seines Eigentums (§ 1004) einen Anspruch auf Wiederherstellung des ohne seine Zustimmung beseitigten oder geänderten Zustandes (M 3, 277). Im Falle einer Gemeinmauer besteht kein Recht darauf, daß der Nachbar es unterläßt, durch Abbruch seines Hauses die Mauer den Einflüssen der Witterung auszusetzen (OLG 26, 32).

6. Von den auf das gemeinschaftliche Benutzungsrecht neben den Sondervorschriften des § 922 Satz 1 bis 3 anzuwendenden Vorschriften über die **Gemeinschaft** (§§ 742ff.) kommen besonders in Betracht: § 743 Abs 1 (Recht auf die Früchte, z. B. auf die Grasnutzung eines Grenzrains) und §§ 744, 745, 746 (Regelung der Verwaltung und Benutzung; insbesondere durch Vertrag, der zwar für und gegen die Sondernachfolger, aber im übrigen doch nur schuldrechtlich wirkt, es sei denn, daß gemäß § 1010 Abs 1 Eintragung erfolgt). § 747 Satz 1 (Befugnis jedes Teilhabers zur Verfügung über seinen Anteil) findet keine Anwendung, da das Benutzungsrecht mit dem Eigentum derart verbunden ist, daß eine Sonderveräußerung ausgeschlossen ist (§ 921 A 6). Die Anwendung der §§ 749ff. (Aufhebung der Gemeinschaft) wird durch § 922 Satz 3 ausgeschlossen (A 5). Wegen des § 748 vgl. A 4.

§ 923

Steht auf der Grenze [1]) ein Baum [2]), so gebühren die Früchte und, wenn der Baum gefällt wird, auch der Baum den Nachbarn zu gleichen Teilen [3]).

Jeder der Nachbarn kann die Beseitigung des Baumes verlangen [4]. Die Kosten der Beseitigung fallen den Nachbarn zu gleichen Teilen zur Last. Der Nachbar, der die Beseitigung verlangt, hat jedoch die Kosten allein zu tragen, wenn der andere auf sein Recht an dem Baume verzichtet; er erwirbt in diesem Falle mit der Trennung das Alleineigentum [5]. Der Anspruch auf die Beseitigung ist ausgeschlossen, wenn der Baum als Grenzzeichen dient und den Umständen nach nicht durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann [6].

Diese Vorschriften gelten auch für einen auf der Grenze stehenden Strauch [7][8].

E I 855 II 836; M 3 277 ff.; P 3 132 f.

1. Die **Grenze** zwischen zwei Grundstücken ist eine mathematische Linie. Durchschneidet sie Gebäude oder andere Bestandteile (§§ 93 ff., 946) der Grundstücke, so gehört jedem Nachbar das Stück, das auf seinem Grund und Boden steht, zum Alleineigentum; Miteigentum besteht nicht (M 3, 274; RG 53, 311; 70, 201). Wird aber ein solcher Bestandteil beider Grundstücke (z. B. ein Stein, der zu beiden Seiten der Grenze liegt, oder die Teile eines Gebäudes auf der Grenze) von den Grundstücken getrennt, so werden regelmäßig die Grundstückseigentümer Miteigentümer dieses Gegenstandes. Der einem jeden zukommende Bruchteil entspricht der früheren räumlichen Erstreckung des Bestandteils über die Grenze (§ 921 A 1). Von diesen Grundsätzen des BGB gibt § 923 Ausnahmen für den Grenzbaum und den Grenzstrauch. Grund der Ausnahmebestimmungen ist die organische Natur des Baums, die es mit sich bringt, daß die Zerstörung auf der einen Seite den Verderb des Baums auf der andern Seite herbeiführt (M 3, 278).

2. Ein Baum ist nur dann ein **Grenzbaum**, wenn er da, wo er aus der Erde tritt, von der Grenze durchschnitten wird. Ein Baum, dessen Wurzeln zwar auf ein Nachbargrundstück hinüberreichen, dessen Stamm aber nur auf dem einen Grundstück steht, ist kein Grenzbaum. Er gehört als wesentlicher Bestandteil (§§ 94, 946) allein dem Eigentümer des Grund und Bodens (§ 910: Abschneiden der Wurzeln durch den Nachbar).

3. Solange der Grenzbaum steht, gehört jedem Nachbar das Stück bis zum Grenzliniendurchschnitt. Nach der Fällung entsteht Miteigentum an dem durch die Trennung zur beweglichen Sache gewordenen Baum (M 3, 278). Insoweit besteht keine Ausnahme von den in § 921 A 1 und A 1 hier dargelegten Grundsätzen. Dagegen gehören die **Früchte** und der **Baum selbst**, wenn er gefällt oder sonst (z. B. durch Sturm) vom Boden getrennt wird, **den Nachbarn zu gleichen Teilen** ohne Rücksicht auf die räumliche Erstreckung des Baumes über die Grenze. Die Teilung erfolgt nach §§ 752 ff. Der anteilsberechtigte Nachbar braucht nicht notwendig Eigentümer zu sein. Auch der Nutzungsberechtigte (z. B. der Nießbraucher) hat (und zwar unter Ausschluß des Eigentümers) ein Anteilsrecht auf die Früchte und, da der Baum eine Frucht des Grundstücks ist, gemäß § 954 auch auf die getrennten Stücke des Baums (M 3, 279). Zu den Früchten (§ 99) gehört auch das dürre Holz des Baums.

4. Der nach § 924 unverjährbare **Anspruch auf Beseitigung** kann regelmäßig (Ausnahmefall im Abs 2 Satz 4) jederzeit ohne eine weitere Voraussetzung geltend gemacht werden, weil die unter den Nachbarn bestehende Gemeinschaft nicht von einem dauernden Zweck getragen wird (M 3, 278). Jedoch darf das Fällen des Baums nicht eigenmächtig erfolgen, also nicht ohne Zustimmung des andern Nachbars. Dieser ist aber zu ihrer Erteilung verpflichtet. Nötigenfalls muß seine Verurteilung herbeigeführt werden.

5. Der **Verzicht** auf die Rechte an dem Baum hat zur Folge, daß die **Kosten der Beseitigung** nicht von den beiden Nachbarn zu gleichen Teilen, sondern von dem die Trennung verlangenden Nachbar allein zu tragen sind. Der Verzicht ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann, wenn der Erklärende nicht schon in anderer Weise gebunden ist, auch nach der Trennung des Baums abgegeben werden. In diesem Falle ist von der Trennung bis zur Erklärung des Verzichts das Alleineigentum in der Schwebe. Mit der Erklärung steht fest, daß der Baum bereits seit der Trennung im Alleineigentum des Nachbars stand.

6. Wer auf Beseitigung des Baums klagt, muß beweisen, daß der Baum auf der Grenze steht. Dem Gegner liegt der Beweis ob, daß der Baum **als Grenzzeichen dient.** Damit hat er gemäß § 919 Abs 1 sein Recht dargetan, die Beseitigung zu verbieten. Dies kann der die Beseitigung Verlangende durch den Beweis entkräften, daß der Baum durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann. Ein Ersatz kann z. B. nicht möglich sein in gewissen der Überschwemmung besonders ausgesetzten Gebieten (Prot 3, 133).

7. Dem Baume stehen nicht bloß **Sträucher**, sondern in entsprechender Anwendung auch kleinere Pflanzen gleich.

8. Unberührt bleiben nach Art 122 EG die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Rechte des Eigentümers eines Grundstücks in Ansehung der auf der Grenze stehenden Obst-

bäume (nicht der Obststräucher) abweichend von den Vorschriften des § 923 Abs 2 regeln. Art 183 EG enthält eine Übergangsvorschrift bezüglich der landesgesetzlichen Vorschriften zugunsten der Bäume und Sträucher auf Waldgrundstücken.

§ 924

Die Ansprüche, die sich aus den §§ 907 bis 909, 915, dem § 917 Abs 1, dem § 918 Abs 2, den §§ 919, 920 und dem § 923 Abs 2 ergeben, unterliegen nicht der Verjährung [1]).

E I 853 II 837; M 3 273 f.; P 3 127 ff., 156 f.; 6 231 f.

1. **Unverjährbarkeit.** In den Fällen der §§ 919, 920 handelt es sich um Ansprüche aus absoluten Rechten, die auf die Herstellung eines Zustandes gerichtet sind, der nicht bloß durch das Interesse des Anspruchsberechtigten, sondern auch durch ein öffentliches Interesse verlangt wird (M 3, 273; Prot 3, 128). In allen übrigen Fällen ist der Grund für die Unverjährbarkeit die fortwährende Neuentstehung des Anspruchs. § 916 ist nicht angezogen, weil es sich dort nicht um einen Anspruch, sondern um ein Recht handelt (Prot 6, 231). Vgl. im übrigen die Anmerkungen zu den angezogenen Paragraphen.

Zweiter Titel

Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken [1])

§ 925

Die zur Übertragung [2]) des Eigentums [3]) an einem Grundstücke [4]) nach § 873 erforderliche [5]) Einigung [6]) des Veräußerers [7]) und des Erwerbers [8]) (Auflassung) [9]) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit [10]) beider Teile [11]) vor dem Grundbuchamt [12]) erklärt werden [13]).

Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam [14]).

E I 868, 871 f. II 838; M 3 312 ff., 318 ff.; P 3 168 ff., 181 f.; 5 436 f., 444.

1. In diesem Titel werden nur drei **Arten des Erwerbs und des Verlustes des Eigentums an Grundstücken** behandelt: rechtsgeschäftliche Übertragung (§ 925 nebst § 926: Zubehör), Aneignung nach Aufgebot (§ 927), Aneignung herrenloser Grundstücke (§ 928). In diesen Fällen ist **Erfordernis** des Eigentumserwerbs die **Eintragung** der Rechtsänderung in das Grundbuch (§ 873). Dazu tritt der Eigentumserwerb kraft Ersitzung durch den als Eigentümer eingetragenen Nichteigentümer (§ 900). Von gesetzlichen Erwerbsarten, die beim Grundeigentum in Betracht kommen, enthält das BGB nur zwei Fälle: Erwerb durch eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1438 Abs 2, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2) und Erwerb durch Erbfolge (§ 1922). In diesen Fällen vollzieht sich der Erwerb des Eigentums an den Grundstücken **ohne Eintragung** außerhalb des Grundbuchs. Hinzu treten hier die dem Erbanfall gleichstehenden Fälle des Erwerbs von Vermögen aufgelöster Vereine und Stiftungen durch den Fiskus (§§ 45 ff., 88). Außerhalb des BGB gibt es sonst noch Fälle, in denen nach Reichsrecht oder nach Landesrecht ein Eigentumserwerb ohne Eintragung erfolgt oder besondere Vorschriften für den Eigentumserwerb an Grundstücken gelten. Daneben ist in einzelnen Fällen die entsprechende Anwendung des Liegenschaftsrechts des BGB landesgesetzlich vorgeschrieben. Von **Reichsgesetzen** ist hier in erster Reihe zu erwähnen das **Reichserbhofgesetz** v. 29. 9. 1933. Danach kann unter näher bestimmten Voraussetzungen das Anerbengericht das Eigentum an einem Erbhof (Vorbem 1 vor § 873) auf eine bauernfähige Person übertragen. Der Eigentumsübergang vollzieht sich mit der Rechtskraft des Übertragungsbeschlusses. Das Grundbuchamt wird um die Eintragung des neuen Eigentümers von Amts wegen ersucht (§ 15 Abs 3, 4). Stirbt der Bauer, so bildet der Erbhof einen besonderen Teil der Erbschaft und geht kraft Gesetzes ungeteilt auf den Anerben über (§ 19). Ferner gehören hierher: § 304 HGB (Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft unter Ausschluß der Liquidation; entsprechend anzuwenden auf die Verschmelzung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit nach VersAG v. 12. 5. 01 mit einer öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalt unter Ausschluß der Liquidation: KGJ 47, 121); § 306 HGB (Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften unter Ausschluß der Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft: KGJ 46, 190; A 4; anders bei der Verschmelzung mit Liquidation gemäß § 303 HGB: KGJ 46, 194); die §§ 90, 130 ZVG (Erwerb des zwangsversteigerten Grundstücks durch den Ersteher mit dem Zuschlag); die Gesetze v. 21. 12. 71 § 41 (RayG), v. 25. 5. 73 §§ 1, 2 (zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmte Gegenstände; **RG** Gruch 40, 1125), v. 13. 6. 73 § 14 (Kriegsleistungen); VO v. 9. 12. 19

(Enteignung zur Beschaffung von Bau- und Gartenland; JFG 1, 388). An **landesgesetzlichen** Vorschriften über besondere Erwerbsarten oder die Anwendung des Liegenschaftsrechts des BGB kommen folgende für die Landesgesetzgebung im EG gegebenen Vorbehalte in Betracht: Artt 57 (Fürstenhäuser; jetzt aber Art 109 RVerf; **RG** 136, 211); 58 (Güter des hohen Adels; jetzt aber Art 109 RVerf); 59 (Lehen, Fideikommisse, Stammgüter; dazu jetzt Art 155 RVerf; **RG** 136, 211); 62 (Rentengüter); 64 (Anerbengüter; wegen ihrer Übertragung: OLG 36, 229); 65 (Wasserrecht einschließlich Anlandungen, entstehende Inseln, verlassene Flußbetten; vgl. § 903 A 2); 67 (Bergwerkseigentum; vgl. über die Enteignung von Grundeigentum nach §§ 142, 144 PrAllgBergG v. 24. 6. 1865: **RG** 56, 192; 62, 219; KGJ 46, 213; die Enteignung ersetzt nur die nach § 873 erforderliche Einigung, der Eigentumserwerb tritt erst mit der Eintragung der Rechtsänderung ein: OLG 41, 144); 109 (Enteignung; JFG 1, 391); 112 (Bahneinheiten); 113 (Gemeinheitsteilungen und Zusammenlegung; vgl. über den Eigentumserwerb und die Eintragung des Eigentums an den in einem preußischen Auseinandersetzungsverfahren gebildeten sog. Interessentengrundstücken OLG 29, 312; KGJ 48, 199); 126 (Übergang auf Kommunalverbände oder den Staat); 127 (buchungsfreie Grundstücke; vgl. § 90 GBO: Grundstücke des Fiskus, der Gemeinden und anderen Kommunalverbände, der Kirchen und Schulen, öffentliche Wege und Gewässer, Grundstücke öffentlicher Bahnunternehmungen; hierüber unten). — Nach Art 189 EG erfolgen der Erwerb und der Verlust des Eigentums an Grundstücken **nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.** Solange diese Voraussetzung nicht gegeben ist, finden die Vorschriften des 2. Titels keine Anwendung. Vgl. über die Erfordernisse des rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs an Grundstücken vor Anlegung des Grundbuchs nach bayrischem Recht **RG** Warn 1916 Nr 20. Gemäß Art 186 Abs 1 EG und § 91 GBO wird das Verfahren, in dem die Anlegung der Grundbücher erfolgt, sowie der Zeitpunkt, in dem das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen ist, für jeden Bundesstaat (Freistaat) durch landesherrliche Verordnung bestimmt. Ist das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen, so gelten gemäß Art 186 Abs 2 EG die Vorschriften des BGB (insbesondere die §§ 873, 925) auch für solche zum Bezirk gehörende Grundstücke, die (z. B. weil sie aus Versehen nicht katastriert oder irrtümlich zu einem andern Bezirk gerechnet oder wegen Bedenken gegen ihre Eintragung absichtlich ausgelassen sind) noch kein Grundbuchblatt erhalten haben. Dann ist also zur Übertragung des Eigentums an einem noch nicht gebuchten Grundstück des Bezirks die Anlegung eines Grundbuchblattes für den Veräußerer und die Auflassung nebst Eintragung erforderlich (KGJ 29 A 121). Eigenen Regeln folgen bestimmte Grundstücke, die durch besondere Anordnung von der Buchung ausgenommen sind, z. B. die nach landesgesetzlichen Vorschriften auf Grund des Art 127 EG vom Buchungszwang nach § 90 GBO befreiten Grundstücke. Doch bedarf es auch bei diesen buchungsfreien Grundstücken zur rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung der Anlegung eines Grundbuchblatts für das Grundstück und der Auflassung, wenn die Voraussetzungen der Befreiung vom Buchungszwang aufhören, wenn z. B. eine Stadtgemeinde ein ihr gehöriges ungebuchtes Grundstück an einen nicht gleichfalls vom Buchungszwang befreiten Erwerber veräußert. Denn dann finden die Vorschriften des BGB über die Erfordernisse des Eigentumserwerbs Anwendung; insbesondere ist nach § 873 die Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch erforderlich (KGJ 26 A 115; 49, 160; a. M. OLG 18, 195). Vgl. über Eintragung des Eigentums in Preußen: auf Grund einer Bescheinigung über 44jährigen Eigenbesitz vor Inkrafttreten des BGB KGJ 45, 210; auf Ersuchen der Generalkommission in Auseinandersetzungssachen KGJ 45, 215. — Ein Eigentumserwerb durch Ersitzung findet an Grundstücken (abgesehen von der sog. Tabularersitzung: § 900) mit Rücksicht auf die Grundbucheinrichtung **nicht** statt. — Grundstücke, die einem öffentlichen Zwecke dienen, unterliegen insoweit den privatrechtlichen Vorschriften, als nicht die Bestimmung zu dem öffentlichen Zweck ihrer Anwendung entgegensteht (§ 903 A 2). An Begräbnisplätzen kann z. B. in Preußen Privateigentum sowohl für Gemeinden als auch für Privatpersonen bestehen; ihr Erwerb vollzieht sich daher nach den für Erwerb von Grundeigentum sonst geltenden Vorschriften, also gegebenenfalls gemäß §§ 873, 925 durch Auflassung und Eintragung (KGJ 21 A 297). Dagegen bedurfte es früher zum Erwerb des Privateigentums an Teilen des (verlassenen) Bettes öffentlicher Flüsse nicht der Auflassung, da das im (nicht privatrechtlichen) Eigentum des Staates stehende Strombett nicht den privatrechtlichen Vorschriften über die Eigentumsübertragung an Grundstücken unterlag (**RG** 80, 123). Der jetzige Rechtszustand nach PrWassG v. 7. 4. 13 ist erörtert in § 903 A 2. Dort ist auch der Eigentumserwerb an Anlandungen behandelt. — Die für den Grundstückserwerb gegebenen Vorschriften finden entsprechende Anwendung auf **die den Grundstücken gleichgestellten Rechte:** das Erbbaurecht, die in Artt 63, 68 EG aufgeführten Rechte (Erbpachtrecht, Häusler-, Büdnerrecht, Recht auf Gewinnung eines Minerals) und die auf Grund des Vorbehalts in Art 196 EG landesgesetzlich geregelten selbständigen Gerechtigkeiten (z. B.: Kohlenabbaugerechtigkeit, Salzabbaugerechtigkeit, Realprivileg der Apotheker). Über den Erwerb des Eigentums an Grundstücken in den Konsulargerichts- und den früheren Schutzgebietsbezirken: Art 2 der VO v. 25. 10. 00; §§ 5, 6, 10—25 der VO v. 21. 11. 02. Über Eigentumserwerb an Kronland (herrenlosem Land) in den Schutzgebieten durch sog. Landkonzessionen: **RG** 80, 19.

2. Gegenüber der für rechtsgeschäftliche Änderung der Rechte an Grundstücken allgemein geltenden Vorschrift des § 873 gibt § 925 eine Sonderbestimmung für die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an Grundstücken. Zur Anwendung des § 925 ist also zunächst erforderlich, daß der Übergang des Eigentums auf Grund eines Rechtsgeschäfts erfolgt. Mithin scheiden aus die Fälle des Eigentumsübergangs auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes (A 1). In folgenden Fällen geht aber Eigentum nicht kraft Gesetzes über, sondern erfolgt der **Eigentumserwerb auf Grund Rechtsgeschäfts, so daß Auflassung erforderlich** ist: beim Erwerb des Vermächtnisnehmers und eines Miterben als Vorausvermächtnisnehmers, da er nach § 2174 nur das Recht hat, die Leistung des vermachten Gegenstandes von dem Beschwerten zu fordern (OLG 39, 217); beim Erwerb des Erbschaftskäufers, der durch den Kauf gemäß § 2374 nur einen Anspruch auf Übereignung der zum Nachlasse gehörigen Gegenstände erlangt (unten); wenn einem Miterben ein Grundstück durch Teilungsanordnung, die keine dingliche Wirkung hat (§§ 2048, 2049), zugewiesen ist (**RG** 52, 174; RJA 3, 102; KGJ 22 A 301; 28 A 196; OLG 9 S. 396, 398); wenn ein zum Nachlasse gehörendes Grundstück (oder ein Bruchteil davon) einem oder einigen Miterben von den andern überwiesen wird, da erst der Auseinandersetzungsvertrag einen Anspruch gegen die andern Miterben auf Übereignung gibt (**RG** 9, 272; 22, 224; 57, 432; 89, 57; KGJ 40 A 169; 45, 232; 52 S. 140, 274; OLG 4, 435; 5, 355; 8, 104); wenn diejenigen, denen mehrere Miterben je einen Bruchteil ihres Anteils am gesamten Nachlaß übertragen haben (A 4), nicht bloß nachrichtlich im Grundbuch als Mitberechtigte am Nachlaß und somit auch an dem zum Nachlaß gehörigen Grundstück vermerkt sein, sondern Miteigentum nach Bruchteilen an dem Nachlaßgrundstück erlangen wollen, da sie durch die Übertragung der Nachlaßanteile noch nicht Bruchteilseigentümer am einzelnen Nachlaßgegenstand geworden sind (KGJ 46, 181); wenn von einem Alleinerben oder demjenigen, der sämtliche Anteile der Miterben an der Erbschaft erworben hat, ein Dritter, der die Erbschaft gekauft hat, das Eigentum an einem Nachlaßgrundstück erlangen soll, da der Erbschaftsverkauf des Alleinerben keine dingliche Wirkung hat (oben) und daher das Eigentum an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht überträgt (KGJ 46, 188); wenn bei Aufhebung einer allgemeinen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück einem Ehegatten zum Alleineigentum übertragen wird (**RG** 20, 259; KGJ 36 A 201; 38 A 206; 52, 140; OLG 35, 322; JW 1926, 992[2]), selbst wenn der Ehegatte ein gesetzliches Recht auf Überlassung des Grundstücks hatte (§§ 1477, 1497, z. B. weil er das Grundstück in die Gütergemeinschaft eingebracht hat), da die Aufhebung immer nur die schuldrechtliche Grundlage schafft für den die Eigentumsänderung erst herbeiführenden dinglichen Vertrag; wenn ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück durch Ehevertrag zum Vorbehaltsgut bestimmt wird, da es für das Vorbehaltsgut an einer dem § 1438 Abs 2 entsprechenden Bestimmung fehlt (KGJ 35 B 25; OLG 7, 54); wenn im gesetzlichen Güterstand lebende Ehegatten, welche durch Ehevertrag die Fahrnisgemeinschaft (Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft) einführen, dabei ein dem einen Ehegatten gehörendes Grundstück dem Gesamtgut zuweisen, da hier nicht wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1438 Abs 2, § 1519 Abs 2) bestimmt ist, daß die einzelnen Gegenstände gemeinschaftlich werden, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf (§ 1549), und da infolgedessen der Ehevertrag hier nur als das Grundrechtsgeschäft für die erst durch Auflassung zu vollziehende Übereignung an das Gesamtgut anzusehen ist (KGJ 52, 136); wenn ein Grundstück, das zu dem einer Stiftung in letztwilliger Verfügung des Stifters zugesicherten Vermögen gehört, nach staatlicher Genehmigung der Stiftung auf diese übergehen soll (§ 82; RJA 9, 135; KGJ 35 A 222); wenn nach Auflösung eines rechtsfähigen Vereins ein Grundstück des Vereins nicht an den Fiskus, sondern gemäß § 45 an ein Mitglied übergehen soll, da für dieses nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des Vereinsvermögensstücks besteht (KGJ 25 A 132); wenn ein Grundstück eines Kommunalverbandes auf einen andern Kommunalverband übertragen werden soll, ohne daß die Übertragung durch ein auf Grund des Art 126 EG erlassenes Landesgesetz angeordnet ist (KGJ 30 B 40).

Ferner ist zur Anwendung des § 925 die Übertragung von dem bisherigen Eigentümer auf ein anderes Rechtssubjekt erforderlich. Eine solche **Übertragung auf ein anderes Rechtssubjekt findet nicht statt, so daß Auflassung** zum Eigentumserwerb **nicht erforderlich** ist: wenn einer von mehreren Miterben, die im Grundbuch über ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen sind, seinen Anteil am Nachlaß auf einen andern Miterben überträgt, da er dadurch nicht über seinen Anteil am Grundstück verfügt (§ 2033 Abs 2) und da durch die Eintragung der Übertragung nur der nachrichtliche Vermerk über das Eigentum der Erbengemeinschaft am gesamten Nachlaß berichtigt wird (A 4); wenn ein Miterbe sich mit seinem Anteil am Nachlaß für abgefunden erklärt und über das bisher für die Miterbengemeinschaft eingetragene Grundstück zu Gunsten der übrigen Miterben verfügt, so daß nur noch eine Grundbuchberichtigung auf die anderen Miterben als Eigentümer übrigbleibt, da auch in diesem Falle der ausscheidende Miterbe nicht über seinen Anteil am Grundstück verfügt (JFG 7, 319); wenn ein Grundstück von einer fiskalischen Stelle auf eine andere übertragen

werden soll, da die fiskalischen Stellen nicht verschiedene selbständige Rechtspersönlichkeiten sind, sondern insgesamt den Staat verkörpern (RG 2, 392; 21, 57; 59, 404; KGJ 38 A 237); wenn in eine offene Handelsgesellschaft, der ein Grundstück gehört, ein Kommanditist eintritt, so daß die Gesellschaft zur Kommanditgesellschaft wird, oder wenn umgekehrt eine Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt wird, da, wie sich namentlich aus § 139 Abs 1, § 162 Abs 3 HGB ergibt, die frühere Gesellschaft nicht aufgelöst und eine neue Gesellschaft begründet wird, sondern die frühere Gesellschaft sich in anderer Form fortsetzt (KGJ 26 A 219; 27 B 16; 39 A 218; 51, 182; OLG 13, 24; auch RG 55, 126; JFG 1, 370; OLG 42, 161); wenn eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, der ein Grundstück gehört, gemäß § 332 Abs 1 HGB in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird, da nach § 333 Abs 3 HGB auch hier die alte Gesellschaft ohne Auflösung in anderer Form fortgesetzt wird (OLG 5, 279); wenn ein Grundstück einer offenen Handelsgesellschaft, die ihre bisherige Firma in eine von ihr erworbene andere Firma umgewandelt hat, auf diese Firma umgeschrieben werden soll, da hinsichtlich des Eigentums keine Änderung des Rechtsträgers eintritt (KGJ 28 A 251); wenn Sitz und Firma einer Gesellschaft m. b. H., der ein Grundstück gehört, geändert wird (KGJ 52, 158). Sehr zweifelhaft und umstritten ist die Frage, ob die Auflassung erforderlich ist für die Überführung eines Grundstücks aus dem Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft in das Vermögen einer anderen aus denselben Personen gebildeten offenen Handelsgesellschaft oder Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Die Vertreter der verneinenden Ansicht betonen die Personengleichheit auf beiden Seiten und die Gleichartigkeit oder doch nur geringe Verschiedenheit der Gesamthandverhältnisse vor und nach dem Übergang des Grundstücks von der einen auf die andere Gesellschaft. Die Vertreter der bejahenden Ansicht legen dagegen das entscheidende Gewicht auf die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bei der offenen Handelsgesellschaft, auf die Unterschiede in der Rechtsgestaltung der einzelnen Gesamthandverhältnisse und auf die Sicherheit des Grundbuchverkehrs. Die frühere Rechtsprechung (RG JW 1899, 320[48]; KGJ 53, 261; a. M. KGJ 28 A 253) neigte dazu, die Auflassung für entbehrlich zu erklären. Jetzt haben aber das Reichsgericht, der Reichsfinanzhof und das Kammergericht übereinstimmend für die Notwendigkeit der Auflassung sich ausgesprochen (RG 136, 402). Trotz mancher wissenschaftlichen und praktischen Bedenken, die dieser Ansicht begegnen, wird sie sich wohl in der Rechtsprechung allgemein durchsetzen und damit die Streitfrage ihre forensische Bedeutung verlieren (JW 1933, 124[6]). — **Dagegen ist wegen Eigentumsübertragung auf ein anderes Rechtssubjekt Auflassung erforderlich**: wenn ein Grundstück eingebracht wird von einem der Gemeinschafter oder von mehreren, die Miteigentümer sind, in eine Gesellschaft des BGB oder in eine offene Handelsgesellschaft oder in eine Kommanditgesellschaft, da nach § 706 Abs 2 BGB, § 105 Abs 2, § 161 Abs 2 HGB das Grundstück aus dem Eigentum des Einbringenden in das der Gesellschaft übergeht (RG 56, 99; 57, 434; 59, 432; 68, 417; 84, 112; KGJ 51, 187; OLG 10, 239; 13, 23); wenn von Gründern einer G. m. b. H. oder Genossenschaft oder Gewerkschaft Grundstücke in diese eingebracht werden, da das Eigentum der Gründer von dem der Gesellschaft, Genossenschaft, Gewerkschaft verschieden ist (RG 64, 191; V 70/02; KGJ 30 A 180; 32 B 33); aus demselben Grunde, wenn offene Handelsgesellschafter ihr Gesellschaftsgrundstück in eine von ihnen gegründete Gesellschaft m. b. H. einbringen (RG 74, 6; OLG 46, 47); wenn mehrere Miteigentümer eines Grundstücks eine offene Handelsgesellschaft unter sich allein errichten und das Grundstück in diese einbringen wollen, da das bisher jedem Miteigentümer als Sondereigentum zustehende Bruchteilseigentum an die Gemeinschaft zur gesamten Hand übergehen soll, so daß jeder bisherige Miteigentümer nicht mehr einen nach § 747 BGB seiner Verfügung unterstehenden Anteil an dem Grundstück hat (RG 56, 96; 57, 433; 68, 417; 84, 112; KGJ 51, 187; OLG 10, 239; vgl. A 4); wenn ein zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft oder ein Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft gehörendes Grundstück in das Vermögen einer von den Teilhabern der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder von den Miterben ohne Zuziehung anderer Personen gegründeten offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft übergehen soll, da hier zwar kein Personenwechsel stattfindet, aber die Gemeinschaft zur gesamten Hand, welche bisher Eigentümerin des Grundstücks ist, in ihrer Rechtsgestaltung wesentlich verschieden ist von der Gemeinschaft zur gesamten Hand, die nunmehr Eigentümerin werden soll (KGJ 45, 230; 51, 180; JFG 3 S. 312, 410; OLG 46, 73); wenn ein Grundstück von einer offenen Handelsgesellschaft an einen Gesellschafter zum Sondereigentum übertragen oder unter Bestehenbleiben der aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft einem Ausscheidenden als Abfindung zugewiesen werden soll, da an die Stelle der Gemeinschaft der einzelne als Eigentümer treten soll (RG 25, 252; 30, 150; JW 99, 609[39]; 00, 542[51]; Gruch 39, 1011; KGJ 52, 140; vgl. OLG 19, 338); ebenso wenn bei der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter ein Grundstück zugeteilt erhalten soll oder die bisherigen Gesellschafter Miteigentümer des Grundstücks nach Bruchteilen werden sollen (KGJ 24 A 110; 28 A 252; RJA 4, 124; 9, 220; OLG 13, 23; 46, 46; JW 1927, 805[2]; über die Fälle der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens und des Ausscheidens eines Teilhabers aus der nur aus zwei Teilhabern bestehenden offenen Handelsgesellschaft A 4); wenn bei Umwandlung einer Kom-

manditgesellschaft auf Aktien in eine einfache Kommanditgesellschaft (und umgekehrt) das der einen Gesellschaft gehörige Grundeigentum auf die andere übertragen werden soll, da jene Gesellschaft als juristische Person von dieser verschieden ist und daher Auflösung und Neugründung erfolgen muß; wenn eine Aktiengesellschaft, deren Aktien in der Hand einer anderen Aktiengesellschaft vereinigt sind, an diese ein Grundstück als einzelnes Vermögensstück übertragen will, da jene Gesellschaft durch Vereinigung ihrer Aktien in einer andern Rechtsperson nicht untergegangen ist (RG 62, 73; OLG 19, 338); wenn bei Umwandlung einer mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit oder einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft ein Grundstück von jener auf diese übertragen werden soll, da die beiden Gesellschaften zwei verschiedene juristische Personen sind (KGJ 25 A 278); wenn Schulgrundstücke von dem Schulverband auf die politische Gemeinde übertragen werden (KGJ 31 A 306; OLG 42, 272). Werden zwei politische Gemeinden durch Eingemeindung miteinander vereinigt, so ist bei der Übertragung des Vermögens, insbesondere der Grundstücke, für rechtsgeschäftliche Übertragungsakte überhaupt kein Raum (OLG 16, 153; 23, 330).

3. Dem **Eigentum an Grundstücken** sind das Erbbaurecht und andere Gerechtigkeiten für die Rechtsübertragung gleichgestellt (A 1). Zu Erwerbsbeschränkungen bei Grundstücken sind Vorbehalte für die Landesgesetzgebung gegeben in EG Art 86 (Juristische Personen); Art 87 (Religiöse Orden oder ordensähnliche Kongregationen); Art 88 (Ausländer). In Preußen gelten Erwerbsbeschränkungen für juristische Personen nach Art 6 (Schenkungen und Zuwendungen von Todes wegen), Art 7 § 1 (Erwerb von Grundstücken durch inländische juristische Personen, zu dem Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde erforderlich ist, wenn nicht die Ausnahmen des Abs 2 Platz greifen), Art 7 §§ 2, 3 (Erwerb von Grundstücken durch juristische Personen eines andern deutschen Landes oder durch ausländische juristische Personen) PrAG.BGB v. 20. 9. 99, in dem die Wertgrenzen von 5000 M nach dem Ges. v. 8. 4. 24 durch 3000 GM ersetzt sind (für Zweckverbände nach dem Ges. v. 19. 7. 11 vgl. JFG 3, 286). Ferner gelten Beschränkungen (Erfordernis der Genehmigung der Aufsichtsbehörde) für den Erwerb gewisser Grundstücke durch die Träger der Reichsversicherung nach §§ 26, 27 RVersO v. 15. 12. 24 (OLG 45, 211). Zu dem Vertrag einer Aktiengesellschaft über den Erwerb eines Grundstücks, der sich als Nachgründung im Sinne des § 207 HGB darstellt, ist die Zustimmung der Generalversammlung erforderlich (JFG 3, 307). Vgl. ferner § 5 Abs 3 HypBankG v. 13. 7. 99, § 54 PrivVUntG v. 12. 5. 01. Nach der BRVO über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. 3. 18 bedarf sowohl die Übernahme der Verpflichtung zur Übereignung als auch die Auflassung eines Grundstücks zur Wirksamkeit der Genehmigung der zuständigen Behörde, wenn das Grundstück über 5 ha groß ist; jedoch darf die Genehmigung nur versagt werden, wenn das Grundstück zum Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft bestimmt ist und eine der im § 3 Nr 1—4 bezeichneten Tatsachen vorliegt (RG 98, 244; 102, 1; 103, 104; 126, 132; 130, 94; 132, 287; 135, 287; KGJ 51 S. 153, 155, 157, 161; OLG 39, 219; JFG 1, 392; 2, 324; 2, 327; OLG 45, 193). Auf den Erwerb landwirtschaftlicher Grundstücke in der Zwangsversteigerung, mag er auch durch Verabredungen der Beteiligten erleichtert sein, erstreckt sich die Genehmigungspflicht nicht (JFG 7, 289). Das Grundbuchamt hat vor der Eintragung des Eigentumswechsels von Amts wegen zu prüfen, ob die im öffentlichen Interesse erforderte Genehmigung erteilt ist (RG Warn 1928 Nr 128). In Preußen bedurften ferner nach dem Ges. v. 10. 2. 23 über den Verkehr mit Grundstücken (über seine Rechtsgültigkeit und rückwirkende Kraft: RG 108, 356; 129, 151) alle Rechtsgeschäfte über die Veräußerung eines Grundstücks (die Auflassung, wenn das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft nicht genehmigt war) zu ihrer Rechtswirksamkeit der Genehmigung der zuständigen Behörde, sofern es sich nicht um die im § 1 Abs 2 bezeichneten Grundstücke (land-, forst-, gartenwirtschaftlicher Betrieb oder weniger als 500 M. Gebäudesteuernutzungswert oder kleiner als 100 qm) handelte (RG 129, 150; JFG 1, 396; 2, 1; 2, 330; 3, 291). Über stillschweigende behördliche Genehmigung: RG 117, 365; 121, 376; 130, 407; 131, 56. Durch nachträgliche Genehmigung wurde das genehmigungspflichtige Geschäft rückwirkend rechtswirksam (RG 123, 327; 125, 56; Warn 1928 Nr 128). Das galt auch von der nachträglichen Genehmigung zur Auflassung, gleichviel ob die Beteiligten zur Zeit der Genehmigung noch einig waren (RG 121, 379); vgl. aber für die erst noch der Grundbuchberichtigung auf den Veräußerer erteilte Genehmigung RG 131, 97. Das Ges. v. 10. 2. 23 ist durch Ges. v. 20. 7. 25 für die Zukunft außer Kraft gesetzt. Neuerdings hat das Reichserbhofgesetz v. 29. 9. 1933 für Erbhöfe (Vorbem 1 vor § 873) weitgehende Beschränkungen in Veräußerung und Erwerb des Grundeigentums gebracht. Näheres darüber findet sich in Vorbem 1 vor § 873; § 878 A 3; § 903 A 1; § 925 A 1. Über die Erfordernisse für die Veräußerung von Schulgrundstücken im Gebiete des PrALR: KGJ 51, 165. — Auch wenn es sich nicht um Übertragung des Eigentums, sondern um Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) handelt, weil der als Eigentümer Eingetragene in Wahrheit nicht Eigentümer ist, können die Beteiligten statt des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß § 22 GBO sich der Auflassung bedienen, da der Eingetragene nach dem Grundbuch Eigentümer ist und nichts entgegensteht, daß in der Form der Übertragung des aus dem Grundbuch (scheinbar) sich ergeben-

den Eigentums die Eintragung des wahren Eigentümers herbeigeführt wird (RJA 9, 60; § 894 A 3). Anderseits kann, wenn die auf Grund einer Auflassung für den Erwerber erfolgte Eigentumseintragung eine Parzelle des veräußerten Grundstücks, die mitveräußert werden sollte, nicht umfaßt, auf Grund einer beurkundeten Erklärung der Beteiligten, daß die Auflassung sich auch auf die Parzelle erstrecken sollte und erstrecke, der Erwerber als Eigentümer der Parzelle eingetragen werden, ohne daß es einer neuen Auflassung bedarf (RG 73, 154).

4. Den **Grundstücken** (Begriff: § 873 A 4) **steht gleich der Anteil eines Miteigentümers** beim Miteigentum nach Bruchteilen. Denn das Anteilsrecht ist gleichfalls Eigentum (§ 1008), und die nach § 747 zulässige Verfügung darüber erfolgt nach den für die Verfügung über die Sache geltenden Vorschriften. Daher bedarf es zur Verfügung über den ideellen Anteil der Auflassung. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Anteil unverändert auf einen Dritten oder auch einen anderen Miteigentümer übertragen oder ob die Größe der Anteile der einzelnen Miteigentümer verändert oder an die Stelle des ideellen Anteils ein realer Teil des Grundstücks gesetzt werden soll (RG 52, 174; 56, 100; 69, 40; 76, 413; KGJ 21 A 111; OLG 20, 406). Dies gilt auch dann, wenn mehrere Miteigentümer sich zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigen und das Grundstück in diese einbringen. Denn dann wandelt sich das Bruchteilseigentum eines jeden in einen Gesellschaftsanteil, über den er nach § 719 Abs 1 nicht verfügen darf. Auch sind hier Auflassungen schon deshalb erforderlich, weil die Übertragung des Bruchteilseigentums auf eine andere Rechtsträgerin stattfindet (A 2; RG 56, 96; 57, 433; 68, 417; 76, 413; 84, 112; KGJ 51, 187; OLG 10, 239). Dagegen handelt es sich **nicht um Übertragung des Eigentums oder eines Bruchteilseigentums an einem Grundstücke,** und ist **daher Auflassung nicht erforderlich:** wenn bei der Miterbengemeinschaft der gesamte Nachlaß einem der Miterben von den übrigen übertragen wird oder wenn ein Miterbe seinen Anteil oder einen Bruchteil seines Anteils am Nachlasse auf einen andern Miterben oder einen Dritten überträgt oder wenn die Miterben ihre Anteile am Nachlaß nach und nach an einen Dritten übertragen, so daß er schließlich Alleineigentümer des ganzen Nachlasses und damit auch Alleineigentümer des zum Nachlaß gehörigen Grundstücks wird (RG 88, 116; KGJ 46 S. 181, 187; 52, 275). Denn hier ist Gegenstand der Veräußerung nicht ein Bruchteilseigentum an dem zum Nachlasse gehörenden Grundstück, sondern der Anteil am gesamten Nachlasse gemäß § 2033 Abs 1 (KGJ 26 A 113; 33 A S. 207, 231; 35 A 74; 46, 182; 52 S. 151, 275; RJA 11, 238; auch RG 60, 131; KGJ 38 A 233; vgl. auch JFG 7, 319 in Anm 2). Die Auflassung ist ferner entbehrlich: wenn ein Gesellschafter aus einer Gesellschaft des BGB oder einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft, der ein Grundstück gehört, ausscheidet, da sein Anteil am gesamten Gesellschaftsvermögen gemäß § 738 Abs 1 BGB, §§ 105 Abs 2, 161 Abs 2 HGB den Anteilen der andern Gesellschafter kraft Gesetzes zuwächst (RG 65, 227; 68, 410; KGJ 50, 194; JFG 7, 309); wenn bei der Auflösung einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft, der ein Grundstück gehört, der eine bisherige Gesellschafter das gesamte Gesellschaftsvermögen (Aktiva und Passiva) übernimmt, da in entsprechender Anwendung von § 142 Abs 3 HGB, § 738 Abs 1 BGB der übertragende Gesellschafter als Ausscheidender anzusehen ist, dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen dem andern Gesellschafter ohne besonderen Übertragungsakt zuwächst (str.; RG 60, 156; 65, 234; 68, 410; 87, 409; 92, 165; Warn 1919 Nr 138; RJA 9, 71; a. M. KGJ 24 A 110; 25 A 78, 80; RJA 9, 221); wenn eine inländische Aktiengesellschaft, der ein Grundstück gehört, ohne Liquidation nach § 304 HGB vom Staat oder einem Kommunalverband übernommen oder gemäß § 306 HGB mit einer andern Aktiengesellschaft, sei es auch unter Änderung der Firma, vereinigt wird, da in diesen Fällen das gesamte Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeht (A 2; RG 28, 363; 79, 45; KGJ 28 A 148; 32 A 206; 35 A 290; JW 1922, 1617[15]; anders, wenn die aufnehmende Gesellschaft ihren Sitz im Ausland hat, da eine Gesamtrechtsnachfolge nur in den besonders bestimmten Fällen stattfindet: KGJ 21 A 294; OLG 14, 358); dies gilt trotz der §§ 80, 81 GmbHG. entsprechend auch für die Verschmelzung einer Aktiengesellschaft mit einer GmbH (JFG 7, 292). — Ein Teilstück eines Grundstücks, das in dem für die Bezeichnung der Grundstücke maßgebenden amtlichen Verzeichnisse (Grundsteuerkataster) noch nicht als selbständiges Grundstück vorgetragen ist, kann rechtswirksam aufgelassen werden, wenn seine Grenzen entsprechend gekennzeichnet werden. Für die Eintragung der Eigentumsänderung sind dann allerdings § 28 Satz 1 GBO und die auf Grund des § 96 GBO erlassenen landesrechtlichen Vorschriften maßgebend (JW 1926, 991[1]; JFG 3, 283). Auch ein realer Teil eines Bergwerkseigentums kann übereignet werden, weil der Teil durch Feldesteilung oder durch Entkonsolidierung Gegenstand besonderen Eigentums zu werden vermag (OLG 44, 136).

5. Über die zur Eigentumsübertragung außer der Auflassung **nach § 873 erforderliche Eintragung in das Grundbuch** vgl. § 873 A 10. Die Eintragung darf gemäß § 20 GBO erst nach der Auflassung erfolgen. Jedoch ist diese Bestimmung nur eine formellrechtliche Ordnungsvorschrift. Wird die Auflassung erst nach der Eintragung rechtswirksam erklärt (z. B. weil eine vorhergegangene Auflassung wegen Geschäftsunfähigkeit des Auflassenden nichtig war), so geht das Eigentum mit der nachträglichen Auflassung über, da das materielle Recht nicht bestimmt, daß die

Auflassung vorhergehen müsse (str.; JW 1925, 2617[4]; JFG 4, 329). Formellrechtlich ist dann zu der Eintragung des Eigentums des Erwerbers zu vermerken, daß und wann die rechtswirksame Auflassung nachgeholt worden sei (JFG 4, 334). Die vorangegangene Eintragung muß aber zur Vollziehung derselben Rechtsänderung vorgenommen sein, welche Gegenstand der Auflassung ist; es genügt nicht, wenn der Auflassungsempfänger zwar bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen steht, aber aus anderer rechtlicher Veranlassung (§ 873 A 10; JW 1925, 2617[4]; JFG 4, 334). Ist daher z. B. die Eigentumseintragung auf Grund einer Vorerbschaft erfolgt, ist demnächst die Nacherbfolge eingetreten (z. B. weil die zur Vorerbin eingesetzte Witwe des Erblassers sich wieder verheiratet hat) und hat dann der Erbe das ihm nun zugefallene Grundstück an die frühere Vorerbin aufgelassen, so muß die Eintragung dieser als Eigentümerin von neuem erfolgen, wenn die Eigentumsübertragung sich vollziehen soll (KGJ 51, 187). — Die Eintragung ist ein der Auflassung gleichwertiges Erfordernis der Eigentumsübertragung. Solange sie nicht bewirkt ist, bleibt der Auflassende Eigentümer. Er ist daher im Verhältnisse zu Dritten **in der Zwischenzeit zwischen Auflassung und Eintragung** noch zur Verfügung über das Grundstück berechtigt (RG 55, 341). Hat die Auflassung vor einem Notar oder vor einer anderen Behörde als dem Grundbuchamt stattgefunden (A 12) und ist die Verhandlung über die Auflassung dem Grundbuchamt noch nicht eingereicht, so ist der Grundbuchrichter selbst im Falle der Kenntnis von der Auflassung nicht berechtigt, die Entgegennahme einer Verfügung (z. B. der Bestellung einer Hypothek) des Auflassenden abzulehnen. Auch Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung (z. B. einer Zwangshypothek, des Eigentums für einen Dritten auf Grund einer rechtskräftigen Verurteilung zur Auflassung) können in der Zwischenzeit rechtswirksam erfolgen (RG 55, 341). Steht der beantragten Eigentumseintragung ein Hindernis entgegen und weist der Grundbuchrichter den Antrag (A 13) nicht zurück, wozu er auch nach Entgegennahme der Auflassungserklärungen wegen erst nachträglich ermittelter Umstände berechtigt ist (OLG 5, 294), bestimmt er vielmehr gemäß § 18 Abs 1 GBO eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses, so hat er im Falle des Eingehens eines andern Eintragungsantrags nach § 18 Abs 2 GBO eine Vormerkung zur Sicherung des Rechts auf Eintragung des Eigentumsübergangs einzutragen. Nur dann, wenn dies geschehen, ist die auf Grund des später eingegangenen Antrags bewirkte Eintragung gegenüber dem demnächst eingetragenen Erwerber gemäß § 888 unwirksam (RG 55, 340). Im Verhältnis zwischen den Beteiligten untereinander ist aber durch den dinglichen Vertrag der Auflassende gemäß § 873 Abs 2 an seine Erklärung gebunden. Er kann sie weder widerrufen noch sonst die Eintragung einseitig hindern, auch nicht dadurch, daß er seine Auflassungserklärung im Klagewege zurückverlangt (kondiziert), z. B. bei Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts wegen Formmangels (str.; RG 111, 101; JW 1926, 987[6]; Gruch 68, 548; a. M. JW 1923, 761[3]). In solchen Fällen kann er sich aber dadurch gegen den Eigentumsverlust durch die Eintragung schützen, daß er eine einstweilige Verfügung nach § 938 ZPO erwirkt und wirksam zustellt, wodurch dem Erwerber verboten wird, sich auf Grund der Auflassung das Eigentum zu verschaffen (RG 117, 290; 120, 118; JW 1923, 306[3] u. 763[4]; 1925, 643[12]; JFG 1 S. 379, 383; 3, 301; § 888 A 3; § 892 A 11 Abs 3). Der Wirksamkeit dieses Erwerbsverbots steht § 878 nicht entgegen, selbst wenn der Antrag auf Umschreibung des Eigentums schon vor der Zustellung des Verbots beim Grundbuchamt eingegangen ist (RG 120, 120; § 878 A 3 Abs 1). Der Schutz, den das Verbot gewährt, entfällt aber wiederum, wenn die einstweilige Verfügung durch ein rechtskräftiges oder auch nur vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben ist (JFG 1, 386; 3, 306). Die Berechtigung zur Verfügung ist im Verhältnisse der Beteiligten durch die Auflassung auf den Auflassungsempfänger mit dem Vorbehalt übertragen, daß er demnächst seine Eigentumseintragung erlangt. Die rechtliche Fortwirkung der Auflassung fällt vor der Eintragung nur dann fort, wenn auch der andere Teil eine auf die Rückgängigmachung der Auflassung gerichtete Erklärung abgegeben hat oder wenn die Abgabe einer solchen Erklärung durch ein gegen ihn ergangenes rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt ist (RG 108, 329; 111, 101). Haben jedoch die Beteiligten nach der Auflassung vor einem Notar (A 12) mit Rücksicht auf vorhandene Streitpunkte die Abrede getroffen, die Auflassungsverhandlung dürfe dem Grundbuchamt nicht ohne ausdrückliche Zustimmung des Auflassenden zum Vollzug der Eigentumsänderung eingereicht werden, und führt dann der Auflassungsempfänger vertragswidrig ohne Zustimmung des Auflassenden die Eintragung der Eigentumsänderung herbei, so kann gegen ihn (insbesondere dann, wenn der Formmangel des Grundrechtsgeschäfts nach § 313 Satz 2 durch die Auflassung und die Eintragung geheilt ist, so daß eine Kondiktion nicht stattfindet: JW 1926, 838[4]) ein Schadensersatzanspruch auf Wiederbeseitigung der Eintragung gegeben sein (RG Gruch 68, 548). Hat der Auflassungsempfänger, bevor er als Eigentümer eingetragen worden ist, das Grundstück an einen Dritten weiter aufgelassen, so kann der Dritte unmittelbar als Eigentümer eingetragen werden, wenn, was in der Regel anzunehmen ist, in der ersten Auflassung — vorausgesetzt, daß sie nicht (z. B. wegen Fehlens der erforderlichen behördlichen Genehmigung) unwirksam ist (RG 129, 155), — die Einwilligung in weitere Verfügungen des Auflassungsempfängers liegt (KGJ 47, 158; 53, 145), also die Einwilligung (§ 185 Abs 1) des ursprünglichen Eigentümers dazu,

daß der Auflassungsempfänger als Nichteigentümer dem Dritten Eigentum übertrage (RG 129, 153; vgl. A 8). An diese in der Auflassung enthaltene Einwilligung ist der zuerst Auflassende gemäß § 873 Abs 2 gebunden, so daß er sie nicht widerrufen kann (RG 129, 153; KGJ 53, 147). Dieselbe Bindung besteht für den Zweitauflassenden gegenüber dem Dritten. Verzichtet dann aber der Dritte durch (formlosen) Vertrag mit dem ursprünglichen Eigentümer zu dessen Gunsten auf die Rechtsstellung aus der zweiten Auflassung, so erlangt der Eigentümer auch dem ersten Auflassungsempfänger gegenüber die Bindungsfreiheit zurück (RG 15. 11. 28 VI 111/28). Durch Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten wird gemäß § 130 die Rechtswirksamkeit des dinglichen Vertrags nicht berührt; vielmehr ist auf Antrag trotzdem die Eintragung des Eigentumsübergangs vorzunehmen (§ 873 A 7). Tritt in der Zwischenzeit eine Verfügungsbeschränkung des Veräußerers ein, so ist dies gemäß § 878 ebenfalls ohne Einfluß, wenn der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt ist, was im Falle der Auflassung vor dem Grundbuchamt regelmäßig zugleich mit dieser geschieht (A 13); anders, wenn die Auflassung an anderer Stelle stattgefunden hat und der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt noch nicht gestellt ist (RG 53, 88). Der Erwerber ist in der Zwischenzeit, da er noch nicht Eigentümer ist, zu Verfügungen (z. B. zu einer anderweiten Auflassung; s. aber oben) nicht befugt. Seine Verfügungen werden aber gemäß § 185 Abs 2 mit dem Zeitpunkt seiner Eintragung wirksam (OLG 2, 2). Der Erwerber ist durch die bereits erteilte Auflassung (z. B. wenn sie vor einem Notar erfolgt ist und der Notar die Auflassungsverhandlung noch nicht dem Grundbuchamt eingereicht hat) nicht behindert, eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Einräumung des Eigentums gegen den Veräußerer eintragen zu lassen. Denn dieser Anspruch ist grundsätzlich nicht schon durch die Erteilung der Auflassung, sondern wird erst durch den Hinzutritt der Eintragung erfüllt (JW 1922, 1349[7]). Liegt aber der Auflassung ein Kaufvertrag zugrunde, so hat der Verkäufer seine Verpflichtungen aus § 433 regelmäßig nicht erst dann erfüllt, wenn der Käufer als Eigentümer eingetragen ist, sondern schon damit, daß er (durch Erteilung der Auflassung und Bewilligung der Umschreibung) alles getan hat, was von seiner Seite erforderlich ist, damit das Grundbuchamt die Umschreibung vornimmt. Nur wenn der Umschreibung noch ein Hindernis entgegensteht, dessen Beseitigung ihm nach dem Vertrage obliegt (z. B. Entrichtung der Grunderwerbsteuer oder einer Wertzuwachssteuer), muß er auch diese Verpflichtung noch erfüllen (RG 118, 100). Wird nach erfolgter Auflassung der Konkurs über das Vermögen des Erwerbers eröffnet und der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung als Eigentümer eingetragen, so handelt es sich nicht um einen Erwerb des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung, der nach § 1 KO nicht in die Konkursmasse fiele. Das Grundstück gehört vielmehr zur Masse, da die Hauptgrundlage für den Erwerb, die Auflassung, bereits vor der Konkurseröffnung gegeben war und die Vollendung des Erwerbs durch die Eintragung als auf die Zeit der Konkurseröffnung zurückwirkend zu erachten ist. Dies gilt auch dann, wenn das Grundrechtsgeschäft wegen Mangels der Form des § 313 nichtig war, mithin vor Auflassung und Eintragung kein rechtswirksamer Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Veräußerer bestand (a. M. JW 1922, 1686[4]). Der Gläubiger des Erwerbers kann dessen Anspruch auf Übertragung des Eigentums gemäß § 848 ZPO pfänden und dem Erwerber im Wege der einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 938 ZPO die (künftige) Veräußerung und Belastung des Grundstücks untersagen lassen (JW 1922, 782). Die Entscheidung JFG 9, 233 läßt sogar die Pfändung der Rechtsstellung des Erwerbers aus der Auflassung mit der Wirkung zu, daß dann der Erwerber seine Eintragung nur noch unter Mitwirkung des Pfändungsgläubigers erwirken könne. — Nach § 24 des Grunderwerbsteuergesetzes v. 12. 9. 19 (neue Fassung v. 11. 3. 1927) darf die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erst erfolgen, wenn dem Grundbuchamt eine Bescheinigung der Steuerstelle beigebracht ist, daß die Steuer für den Eigentumsübergang gestundet oder sichergestellt ist oder eine Steuer nicht zur Erhebung gelangt (KGJ 52 S. 147, 149, 151, 154, 157; JFG 1, 406; 4, 326). Bei der Begründung eines Erbbaurechts findet § 24 GrErwStG keine Anwendung (OLG 45, 218).

6. Die **Einigung** ist ein **auf Übertragung des Eigentumsrechts** gerichteter, von dem schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäft **gesondert bestehender** (abstrakter dinglicher) **Vertrag** (§ 873 A 7; RG 99, 68; 104, 103; KGJ 51, 176). Einen bestimmten Wortlaut der Auflassungserklärungen verlangt weder § 873 noch § 925. Daher reichen Erklärungen aus, die den übereinstimmenden Willen der Beteiligten auf Übergang des Eigentums vom Veräußerer auf den Erwerber deutlich zum Ausdruck bringen (RG Warn 1928 Nr 62). Ausdrücklichkeit und Deutlichkeit der von beiden Beteiligten abzugebenden Erklärungen sind anderseits ein unbedingtes Erfordernis. Bloßes Stillschweigen des einen Beteiligten zu der Erklärung des anderen genügt nicht (Mot 3, 173; RG 54, 381; Warn 1928 Nr 62). Jenem Erfordernis kann aber auch dadurch genügt werden, daß die im voraus protokollierten, inhaltlich dem § 925 entsprechenden Erklärungen den Beteiligten vorgelesen und dann von ihnen genehmigt werden (RG 61, 98; Warn 1928 Nr 62). Stirbt der Auflassungsempfänger, nachdem die von ihm abgegebene Auflassungserklärung wirksam und bindend geworden (§ 873 Abs 2), bevor aber die Eigentumsänderung eingetragen ist, so bedarf es keiner nochmaligen Auflassungserklärung der Erben. Sie können vielmehr, da sie in eine Rechtslage eintreten, die durch Hinzukommen der Eintragung ihren Rechtserwerb begründet, auf ihren

Antrag ohne weiteres als Eigentümer eingetragen werden (KGJ 7, 325). — Diese Einigung (Auflassung; A 9) ist nicht, wie das Grundrechtsgeschäft, ein auf die Begründung von Verpflichtungen gerichtetes Rechtsgeschäft (§ 873 A 13), wenn auch an den Übergang des Eigentums kraft Gesetzes Verpflichtungen des Erwerbers, insbesondere in polizeilicher und steuerlicher Beziehung, unter Umständen auch Verpflichtungen privatrechtlicher Art (§§ 1021 Abs 2, 1022, 1108 Abs 1) geknüpft sind. Daher finden auf die Entgegennahme der Auflassung für eine öffentlich-rechtliche juristische Person (z. B. eine preußische Landgemeinde) die besonderen Vorschriften über die Vertretungsmacht bei Abgabe verpflichtender Erklärungen der juristischen Person keine Anwendung (KGJ 46, 171). Das Grundrechtsgeschäft bedarf der im § 313 Satz 1 vorgeschriebenen Form. Doch wird nach § 313 Satz 2 der Mangel der Form durch Auflassung und Eintragung geheilt. In Bayern bedarf das Grundrechtsgeschäft auch vor der Anlegung des Grundbuchs der Form des § 313 Satz 1; durch die nach bayerischem Recht erfolgende Eigentumseintragung in das Hypothekenbuch wird aber der Mangel der Form nicht geheilt (RG Warn 1916 Nr 20). Der **Vorlegung einer Urkunde über das Grundrechtsgeschäft** bedarf es nach BGB zur Vornahme der Auflassung nicht. Jedoch konnte schon nach § 98 GBO landesgesetzlich die Ordnungsvorschrift erlassen werden, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 erforderliche Urkunde vorgelegt wird (vgl. RG Warn 1916 Nr 279). Neuerdings ist reichsrechtlich durch Art I § 2 VO über Auflassungen usw. v. 11. 5. 1934 (RGBl I 378) angeordnet, daß die Auflassung nur entgegengenommen werden soll, wenn die nach § 313 erforderliche Urkunde über das Veräußerungsgeschäft vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird. Wegen des selbständigen rechtlichen Daseins der Einigung gegenüber dem Grundrechtsgeschäft wird im allgemeinen auf die Ausführungen in § 873 A 7 verwiesen. Hier ist mit Rücksicht auf die praktische Bedeutung der Auflassung folgendes hervorzuheben: Die **Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts** zieht nicht ohne weiteres die Nichtigkeit der Auflassung nach sich, obwohl diese im Verhältnisse zu jenem das Erfüllungsgeschäft ist (RG 57, 96; 72, 63; 104, 103; 129, 287). Vielmehr kann die Auflassung trotz Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts rechtswirksam sein, also die Eigentumsübertragung bewirkt haben. Die Auflassung ist eben ein selbständiger Vertrag, der für sich den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere hinsichtlich der Rechtsgültigkeit den Vorschriften der §§ 104ff., 116ff., 145ff. unterliegt (RG 75, 70; RJA 2, 85; 3, 263; 7, 56; 7, 278). Dies gilt auch dann, wenn das Grundrechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138) nichtig ist. Die Unsittlichkeit des Grundrechtsgeschäfts macht nicht von selbst auch das Rechtsgeschäft der Auflassung unsittlich und damit nichtig (RG 63, 185; 68, 100; 72, 64; 75, 70; 78, 285; JW 06, 736[3]; 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; RGSt JW 07, 548[1]). Die Auflassung kann (abgesehen von § 138 Abs 2) überhaupt nicht sittenwidrig sein (unten Abs 2). Ist das Grundrechtsgeschäft für sich allein nichtig, so kann die auf Grund der rechtswirksamen Auflassung erfolgte Eigentumsübertragung nur durch Geltendmachung eines persönlichen Bereicherungsanspruchs gemäß §§ 812ff. (Kondiktion) von dem die Auflassung Erteilenden rückgängig gemacht werden (RG 63, 185; 66, 389; 68, 100; 104, 103; RJA 7, 278). Der Anspruch besteht schon, bevor die Eintragung der Eigentumsübertragung erfolgt ist. Dann ist die von dem Auflassungsempfänger erlangte rechtliche Möglichkeit, sich durch Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt das Eigentum am Grundstück zu verschaffen, als Vermögensvorteil im Sinne des § 812 anzusehen (Gruch 68, 317). Dies alles gilt auch dann, wenn das Grundrechtsgeschäft (z. B. der zugrunde liegende Grundstückskaufvertrag) und die Auflassung in demselben Rechtsakt (A 10) getätigt worden sind. Vgl. hierüber sowie über Unanwendbarkeit des § 139 in solchem Falle § 873 A 7b. Der Tatbestand, aus dem sich die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts ergibt, kann aber auch in gleicher Weise bei der Auflassung vorliegen; dann ist diese ebenfalls nichtig. Dies wird beispielsweise der Fall sein können, wenn bei einem Grundstückskauf der das Kaufgeschäft anfechtende Vertragsteil sich im Irrtum über den Kaufgegenstand oder die Person des Vertragsgegners befunden und dieser Irrtum auch noch bei der Auflassung obgewaltet hat (RG 66, 389; 69, 16; OLG 16, 151; RJA 9, 203). In formellrechtlicher Hinsicht ist zu bemerken, daß die Gültigkeit des Grundrechtsgeschäfts regelmäßig nicht der Prüfung des Grundbuchrichters unterliegt. Er darf daher die Entgegennahme der Auflassung und die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer regelmäßig selbst dann nicht ablehnen, wenn er das Grundrechtsgeschäft für ungültig hält (KGJ 46, 175).

Anderseits kann auch das Grundrechtsgeschäft rechtsgültig, dagegen die **Auflassung anfechtbar** (z. B. wegen Irrtums, Betrugs: RJA 9, 59) **oder nichtig** sein (z. B. wegen Fehlens einer Einigung über den Eigentumsübergang, wegen Scheingeschäfts, Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsteils, Fehlens der nach Gesetzesvorschrift erforderlichen behördlichen Genehmigung: RG 78, 375; JW 02 Beil 202; 1926, 837[2]; 1926, 2303[1]; Gruch 63, 507; OLG 26, 180; § 873 A 7a). In den besonders wichtigen Fällen, daß die **Auflassungserklärungen** hinsichtlich des Gegenstandes der Eigentumsübertragung **nicht mit demjenigen, was gewollt ist, übereinstimmen,** ist nach den allgemein bei Rechtsgeschäften für Irrtum, Fehlen der Willensübereinstimmung und falsche Bezeichnung geltenden Grundsätzen folgendes zu unterscheiden: Stimmen die Auflassungserklärungen beider Teile überein und entspricht auch die Auflassungserklärung des einen

Teiles seinem Willen, hat aber der andere Teil geglaubt, seine Erklärung beziehe sich auf ein anderes Grundstück oder betreffe nur einen Teil des von der Erklärung tatsächlich umfaßten Grundstücks, so ist die Auflassung nicht nichtig, sondern nur wegen des Irrtums eines Vertragsteils über den Inhalt seiner Erklärung gemäß §§ 119, 121 anfechtbar (RG 58, 233; JW 06, 190[8]; Warn 1910 Nr 270). Haben beide Teile unter den von ihnen übereinstimmend abgegebenen Erklärungen, die an sich mehrdeutig sind, etwas anderes und zugleich voneinander Verschiedenes verstanden, stimmen sie also zwar in ihren Erklärungen, aber infolge gegenseitigen Mißverständnisses nicht in ihrem von den Erklärungen abweichenden Wollen überein (sog. versteckter Dissens im Sinne des § 155), so liegt nur der Schein einer Willensübereinstimmung vor; die Auflassung ist, weil in Wahrheit eine Einigung fehlt, nichtig (RG 28, 307; 66, 122; 68, 9; 78, 376; JW 00, 403[30]; 1911, 944[10]). Ist von beiden Beteiligten den Auflassungserklärungen zwar eine andere Bedeutung beigelegt, aber dasselbe gemeint worden, stimmen also beide in ihren von den Erklärungen abweichenden Willen überein, so liegt nur eine falsche Bezeichnung (falsa demonstratio) des Gegenstandes der Auflassung vor; angesichts der maßgebenden Bedeutung, die die Parteien übereinstimmend ihren Erklärungen beigelegt haben, ist hier eine rechtswirksame Auflassung des Gegenstandes erfolgt, auf den sich der beiderseitige Wille erstreckte, während für den von den Erklärungen tatsächlich umfaßten Gegenstand nur ein Schein, nicht die Wirklichkeit einer Einigung vorliegt. Wenn also z. B. die Auflassungserklärungen alle auf einem Grundbuchblatt verzeichneten Grundflächen umfassen, der Wille des Veräußerers und der Wille des Erwerbers sich aber auf einzelne miteingetragene Parzellen nicht erstreckt hat, so ist zwar eine rechtsgültige Auflassung erfolgt, aber nur für die von dem übereinstimmenden Willen beider Teile umfaßten Grundflächen, während die Auflassungserklärungen für die anderen Grundflächen nichtig sind (RG 60, 340; 66, 21; 77, 33; 112, 264; JW 07, 540[1]; 1911, 944[10]; Warn 1910 Nr 270; Gruch 58, 196; OLG 26, 38; 40, 33 A 1a; 44, 147; SeuffA 75 Nr 24, 25; auch RG 46, 225; JW 99, 681[24]; 00, 403[30]; 01, 813[34]; Gruch 44, 993; RJA 11, 132). Auch hier muß aber, um den Eigentumsübergang herbeizuführen, zu der Auflassung noch die Eintragung auf den Gegenstand der Auflassung hinzutreten. In dem letzten Beispielsfalle umfaßt freilich eine gemäß den Auflassungserklärungen erfolgte Eintragung des Eigentumsübergangs auf allen Grundflächen auch die Grundflächen, die nach dem Willen der Beteiligten allein aufgelassen werden sollten, so daß mit der über den Willen der Beteiligten hinausgehenden Eintragung das Eigentum an diesen vom Auflassungswillen umfaßten Grundflächen übergegangen ist. Wenn aber die Eintragung nach Maßgabe der (unrichtigen) Auflassungserklärungen auf ein anderes Grundbuchblatt erfolgt ist, so kann der Übergang des Eigentums an dem Grundstück, das in Wahrheit aufgelassen werden sollte und aufgelassen worden ist, nur dadurch herbeigeführt werden, daß die Eintragung auf das Grundbuchblatt dieses Grundstücks nachgeholt wird, nachdem durch freiwillige Erklärung oder durch Urteil die richtige Bedeutung der Auflassungserklärungen festgestellt ist (RG 60, 340; 112, 264; OLG 40, 260; § 873 A 10). Nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO ist dann aber zunächst die Rückberichtigung des Grundbuchs auf den Veräußerer erforderlich (RG 133, 279). Über den Fall der nachträglichen Eintragung des Erwerbers als Eigentümer einer Parzelle des veräußerten Grundstücks auf Grund der Erklärung der Beteiligten, daß sich die Auflassung auch auf die Parzelle miterstreckt habe, vgl. A 3. Auch sonst wird durch falsche Bezeichnung des Auflassungsgegenstandes die Wirksamkeit der Auflassung nicht beeinträchtigt (RG JW 04, 58[13]; 09, 47[8], KGJ 37 A 262). Ist in dem der Auflassung zugrundeliegenden Kaufvertrag irrtümlich eine bestimmte Größe des verkauften Grundstücks angegeben, die sich nur bei Hinzurechnung der Größe eines nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten nicht mitveräußerten Grundstücksteils ergibt, und ist der Kaufpreis nach dieser Größe bemessen, so kommen für den Erwerber folgende Rechtsbehelfe in Frage: Die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums (§ 119), ein Bereicherungsanspruch (mit Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Berichtigungsklage des Veräußerers: § 894 A 3), ein Minderungsanspruch (§§ 468, 459 Abs 2, 472), ein Schadensersatzanspruch (§ 276) wegen positiver Vertragsverletzung oder wegen Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß (RG Warn 1929 Nr 44). — Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs 1) kann ein dingliches Erfüllungsgeschäft, also auch die Auflassung, nicht nichtig sein (§ 873 A 7 a). Im Falle eines wucherischen Geschäfts ist aber nach der Sonderbestimmung des § 138 Abs 2 auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts, also auch einer auf Grund eines wucherischen Grundrechtsgeschäfts erteilten Auflassung anzunehmen, weil § 138 Abs 2 unter den dort bestimmten Voraussetzungen nicht nur das Versprechen, sondern auch die Gewährung von Vermögensvorteilen für nichtig erklärt (str.; RG 57, 97; 123, 105; JW 06, 736[3]; 1913, 540[3]; a. M. OLG 15, 339). In diesem Falle geht daher durch die Auflassung Eigentum auf den Erwerber nicht über; dem Veräußerer steht die Eigentumsklage zu. Abgesehen hiervon kann mit der Auflassung ein sittenwidriger Zweck verbunden sein (z. B. der Zweck, dem Erwerber durch Verschaffung des Eigentums den Betrieb eines Bordells auf dem Grundstück zu sichern: RG 63 S. 179, 346, 367; 64, 146; 68, 97; 71, 433; 75, 70; 78, 282; JW 06 S. 226[10], 736[3]; 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913, 682[1]; Warn 1912 Nr 243; 1913 Nr 312; Gruch 50, 927; 52, 1064). Ist dies der Fall, so findet § 817 Anwendung (RG 48, 297; 78, 284; JW 1913 Nr 682[1]).

Wenn von beiden Teilen ein sittenwidriger Zweck verfolgt worden ist, so ist gemäß Satz 2 § 817 der sonst im Falle der Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts dem Veräußerer zustehende persönliche Anspruch auf Rückgabe (Kondiktion) des aufgelassenen Grundstücks (oben Abs 1) ausgeschlossen (**RG** 78, 284; JW 08, 139[9]; 1913, 682[1]).

7. Daß der **Veräußerer** im Grundbuch **als Eigentümer eingetragen** sein muß, ist zur Gültigkeit der Auflassung und der daraufhin erfolgten Eintragung des Eigentumsübergangs nicht vorgeschrieben. Nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO soll aber das Grundbuchamt die Eintragung des Eigentumsübergangs nicht vornehmen, bevor nicht der Veräußerer sich als Eigentümer hat eintragen lassen. Von dieser Vorschrift enthält § 41 GBO Ausnahmen, insbesondere für auflassende Erben, deren Erblasser als Eigentümer eingetragen ist. Anderseits ist der **eingetragene Nichteigentümer** formell zur Auflassung legitimiert. Das Grundbuchamt darf also die Entgegennahme der Auflassung und die Eintragung nicht etwa deswegen ablehnen, weil der Eingetragene nach dem Inhalt des Grundbuchs oder der Grundakten nicht wahrer Eigentümer sei (OLG 39, 260; a. M. KGJ 28 A 97). Der Erwerber erlangt nach § 892 Eigentum, sofern ihm nicht bekannt ist, daß der Auflassende nicht wahrer Eigentümer sei (KGJ 26 A 252; 28 A 102). Überhaupt hat das Grundbuchamt zwar die Beteiligten vor Entgegennahme und Beurkundung der Auflassung auf Umstände, die der Verfügungsbefugnis des Veräußerers entgegenstehen, aufmerksam zu machen, darf aber ihrem Willen zur Auflassung, die für sie namentlich mit Rücksicht auf die daran geknüpfte Bindung auch dann von Bedeutung sein kann, wenn der Eintragung noch Hindernisse entgegenstehen, nicht durch Verweigerung der Entgegennahme der Auflassung entgegentreten. Erst wenn sich bei der Prüfung, ob die Eintragung vorzunehmen sei, Bedenken gegen die Verfügungsbefugnis ergeben, hat das Grundbuchamt gemäß § 18 GBO entweder den Antrag auf Eigentumseintragung abzulehnen oder eine Frist zur Beseitigung des Hindernisses zu bestimmen (OLG 39, 260). Läßt ein **nicht eingetragener Nichteigentümer** im eigenen Namen auf, so kann selbst eine solche Auflassung wirksam sein oder werden gemäß § 185 Abs 1 oder 2, wenn der wahre Eigentümer ihr vorher zugestimmt (eingewilligt) hat oder wenn er sie nachträglich genehmigt oder wenn der Auflassende hinterher Eigentümer des Grundstücks wird oder von dem wahren Eigentümer beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Denn die Vorschriften des allgemeinen Teils finden auch auf dem Gebiet des Sachenrechts Anwendung, soweit nicht ihre Unanwendbarkeit sich aus Sondervorschriften des Sachenrechts ergibt. Danach ist § 185 bei der Auflassung anwendbar. Denn sie stellt sich als eine Verfügung im Sinne dieser Vorschrift dar (§ 873 A 8), da sie zwar nicht für sich allein, aber doch unter Hinzutritt des nicht rechtsgeschäftlichen Tatumstandes der Eintragung eine Rechtsänderung bewirkt (**RG** 54, 366; 129, 286; KGJ 21 A 157; 36 A 196; 47, 158; 51, 193; RJA 2, 250; 3, 263; OLG 5, 418). So kann z. B., wenn der Erwerber eines Grundstücks nach der ihm von dem Eigentümer erteilten Auflassung das Grundstück an einen Dritten aufläßt, dieser Dritte als Eigentümer eingetragen werden, ohne daß zunächst der Ersterwerber als Eigentümer eingetragen werden müßte, sofern der Erstveräußerer zu der Auflassung an den Dritten seine (regelmäßig in der Auflassung an den Ersterwerber liegende) Einwilligung erteilt hat oder nachträglich seine Genehmigung erteilt (KGJ 47, 158). Die Genehmigung kann auch gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil gegen den Berechtigten auf Zustimmung zu der Auflassung ersetzt werden, so z. B. wenn der Auflassende einen (durch Vormerkung gesicherten) Anspruch darauf hat, daß der eingetragene Eigentümer das Grundstück einem von ihm zu benennenden Dritten aufläßt, und wenn der Auflassende diesen Anspruch für den Eigentümer und Schuldner (§ 267) durch die Auflassung an den von ihm gewählten Dritten erfüllt hat (KGJ 51, 193). Solange allerdings diese die Rechtswirksamkeit der Auflassung herbeiführenden Tatsachen noch nicht eingetreten sind, hat das Grundbuchamt die Eintragung abzulehnen, da die Auflassung keine gehörige Grundlage für die Eintragung bildet (RJA 2, 252). Hat das Grundbuchamt die Eintragung (versehentlich) vorgenommen, so kann die in der Auflassung und Eintragung enthaltene Verfügung noch nachträglich durch Eintritt jener Tatsachen wirksam werden. Dabei wirkt insbesondere die Tatsache der Genehmigung gemäß § 184 Abs 1 auf den Zeitpunkt der Auflassung zurück. Doch bleiben nach § 184 Abs 2 die Verfügungen wirksam, die in der Zeit zwischen Auflassung und Genehmigung durch eine Bewilligung des Genehmigenden getroffen sind oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind. Zwar muß nach § 925 die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Dies findet aber auf die Genehmigung nicht Anwendung. Denn Veräußerer ist nicht der Genehmigende, sondern der auflassende Nichteigentümer, und die Genehmigung ist ein selbständiges Rechtsgeschäft, das nach § 182 Abs 1, 2 einem der Vertragschließenden gegenüber zu erklären ist und nicht der für das Rechtsgeschäft, zu dem sie erteilt wird, bestimmten Form bedarf (RJA 2, 252). Ebenso kann eine Auflassung, die im Namen des Eigentümers ein **Vertreter ohne** (oder mit rechtsunwirksamer) **Vertretungsmacht** erklärt, gemäß § 177 BGB durch nachträgliche Genehmigung des Eigentümers wirksam werden (**RG** 104, 359; Gruch 67, 553; KGJ 22 A 146; 34 A 253;

36 A 195; RJA 2, 85; 4, 132; OLG 29, 342; 41, 56; 43, 212). Dies gilt auch, wenn von mehreren Eigentümern (z. B. Miterben, Miteigentümern) nur einige die Auflassung erteilen, die andern aber ihre Einwilligung dazu gegeben haben oder nachträglich die Auflassung genehmigen (OLG 41, 156). Der in RG 93, 292 vertretenen Auffassung, daß eine Genehmigung bei Verfügungen einzelner Miterben rechtsgrundsätzlich ausscheiden müsse, ist nicht beizupflichten. Schon RG 129, 284 ist mit ihr kaum vereinbar. Auch RG 139, 122 rückt fühlbar von ihr ab. Die hiernach bei Vertretungsmängeln auf der Veräußererseite Platz greifenden Grundsätze gelten auch, wenn im Namen des **Erwerbers** ein Vertreter ohne Vertretungsmacht (z. B. ein Bevollmächtigter, dessen Vollmacht wegen Geschäftsunfähigkeit des Erwerbers ungültig ist) die Auflassung entgegengenommen hat und demnächst der Erwerber (im Beispielsfalle der ihm nachträglich bestellte Vormund) die Entgegennahme der Auflassung genehmigt (RG Gruch 67, 552). Die Folge der Genehmigung ist (§ 184 Abs 1), daß die Auflassung rückwirkend als bereits mit dem Zeitpunkt ihrer Vornahme rechtswirksam erfolgt gilt (RG 69, 263; Gruch 67, 552). Die weitere Folge davon ist, daß der Erwerber, der auf Grund der (zunächst unwirksamen) Auflassung als Eigentümer eingetragen worden ist, als wirklicher Eigentümer seit der Eigentumseintragung (die ihm vor der Genehmigung kein Eigentum verschafft hatte) angesehen wird (RG Gruch 67, 552). Die Genehmigung muß aber nach § 182 Abs 1 gegenüber dem einen oder dem anderen Auflassungsvertragsteil erfolgen und dem Grundbuchamt in dieser Art formgerecht (§ 29 GBO) nachgewiesen werden. Eine nur dem Grundbuchamt gegenüber erklärte Genehmigung genügt nicht (KGJ 34 A 253; 36 A 199; RJA 2 S. 86, 189; a. M. RJA 4, 132). Auch genügt die **Genehmigung des** (schuldrechtlichen) **Grundrechtsgeschäfts** allein bei der Selbständigkeit der Auflassung (A 6) an sich nicht (KGJ 20 A 237; RJA 3, 59). Regelmäßig wird aber in der Zustimmung zum Grundrechtsgeschäft zugleich die Zustimmung zur Auflassung zu finden sein (RJA 3, 59). Da die Auflassung **in diesen Fällen** nicht wie im Falle der Auflassungserklärung eines Geschäftsunfähigen (§ 104) nichtig ist, sondern wirksam werden kann, darf das **Grundbuchamt die Entgegennahme der Auflassung nicht verweigern** (RJA 3, 263; OLG 20, 32). Gegenüber dem Antrag auf Eintragung des Eigentumsübergangs aber hat das Grundbuchamt nach § 18 GBO zu verfahren, also entweder den Antrag sogleich zurückzuweisen oder eine Frist zur Nachbringung der Genehmigung oder der Vollmacht zu bestimmen. Eine **Auflassungsvollmacht** bleibt **über den Tod des Machtgebers** hinaus mit Wirkung für und gegen den Erben bestehen, wenn sie in Verbindung mit einem von dem Machtgeber selbst geschlossenen Veräußerungsvertrag erteilt ist. Denn nach § 1922 gehen das Vermögen einer Person und damit auch die von ihr begründeten, nicht auf ihre Person oder Lebensdauer beschränkten Rechtsverhältnisse auf den Erben über (RG 88, 345; OLG 10, 68; KGJ 45, 243; 50, 157). Zur Eintragung des Eigentumsübergangs auf Grund der durch den Bevollmächtigten erklärten Auflassung bedarf es dann weder des Nachweises der Erbfolge noch beim Vorhandensein minderjähriger Miterben der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (RG 88, 345; KGJ 50, 157 unter Aufgabe von KGJ 41, 162; 41, 174; OLG 24, 88; 25, 381). Dagegen kann ein Vorerbe durch eine ausschließlich für die Zeit nach Eintritt des Nacherbfalls erteilte Vollmacht dem Bevollmächtigten Befugnisse zur Vertretung des Nacherben nicht übertragen, also auch nicht die Befugnis zur Auflassung eines zum Nachlaß gehörigen Grundstücks. Denn nach §§ 2100, 2139 endet das Recht des Vorerben mit dem Eintritt der Nacherbfolge; der Nacherbe ist dann nicht Erbe des Vorerben, sondern Erbe des Erblassers, von dem er unmittelbar sein Recht ableitet (KGJ 50, 161). Eine **Bedingung**, welche einer Auflassungsvollmacht gesetzt ist, steht der Entgegennahme der Auflassung und der Eintragung des Eigentumsübergangs nicht entgegen, wenn dem Grundbuchamt der Eintritt der Bedingung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird (KGJ 53, 143). Wird das Grundstück eines Minderjährigen von dessen **gesetzlichem Vertreter** (Vormund, Vater) ohne die erforderliche **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts** (§§ 1821 Abs 1 Nr 1, 1643) aufgelassen, so ist die Wirksamkeit der Auflassung von der nachträglichen Genehmigung abhängig, die das Vormundschaftsgericht gemäß §§ 1828, 1829 Abs 1 dem gesetzlichen Vertreter gegenüber zu erklären hat und die dem andern Teil gegenüber erst wirksam wird, wenn sie ihm durch den gesetzlichen Vertreter mitgeteilt wird; dem Grundbuchamt ist der Nachweis hiervon in der Form des § 29 GBO zu erbringen, bevor die Eintragung des Eigentumsübergangs erfolgen kann (OLG 39, 261). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung kann auch unter einer Bedingung erteilt werden (KGJ 44, 193; 53, 143). Ist dies der Fall, so kann die Auflassung mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 925 Abs 2 erst nach Eintritt der Bedingung erfolgen; dieser Eintritt muß dem Grundbuchamt ebenfalls in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (KGJ 53, 143). Wird ein Grundstück an einen Minderjährigen zu Händen seines gesetzlichen Vertreters aufgelassen, so bedarf es zur Wirksamkeit der Auflassung und zur Vornahme der Eintragung des Nachweises der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht, auch wenn die in der Auflassung liegende Verfügung über den Anspruch auf Eigentumsübertragung (Aufhebung durch Erfüllung) genehmigungsbedürftig ist. Denn die Wirksamkeit der Auflassung wird durch die Unwirksamkeit der Verfügung über den schuldrechtlichen Anspruch nicht berührt, und das Grundbuchamt hat lediglich die Wirksamkeit der Auflassung zu prüfen (OLG 14, 61; 39, 262 unter Aufgabe von KGJ 24, 103; 28, 3; 32, 234).

8. In der Auflassungserklärung des eingetragenen Eigentümers kann und wird regelmäßig (A 5 Mitte, A 7) zugleich seine Zustimmung dazu liegen, daß der **Erwerber** an einen anderen **weiter aufläßt, bevor er als Eigentümer eingetragen ist.** Dann ist die Auflassungserklärung des mangels Eintragung an sich noch nicht verfügungsberechtigten Erwerbers gemäß § 185 Abs 1 wirksam, so daß sogleich die Eintragung des zweiten Erwerbers erfolgen kann (RG 54, 367; 129, 153; SeuffA 57 Nr 10; KGJ 47, 158; 53, 144; OLG 43, 1; a. M. OLG 8, 190). Wenn jedoch der Ersterwerber die Eintragung eines Rechts (z. B. einer Restkaufgeldhypothek) zugunsten des Erstveräußerers bewilligt hat, kann in Anbetracht der Gefahr, daß bei der unmittelbaren Eintragung des Zweiterwerbers das bewilligte Recht für den Erstveräußerer nicht zur Entstehung gebracht wird, fraglich sein, ob der Erstveräußerer mit der Auflassung zugleich seine Einwilligung in weitere Verfügungen des Ersterwerbers hat erteilen wollen. Jedenfalls kann in diesem Fall die Einwilligung nur mit der Maßgabe als erteilt gelten, daß das für den Erstveräußerer bewilligte Recht bei der unmittelbaren Eintragung des späteren Erwerbers zur Entstehung gebracht werde, und zwar, wenn nichts anderes ausdrücklich festgesetzt ist, mit dem Range vor etwa nachher bewilligten Rechten. Daher kann in solchem Falle die unmittelbare Eintragung des Zweiterwerbers nur dann erfolgen, wenn dieser entweder die Eintragung des Rechts für den Erstveräußerer erneut bewilligt oder gemäß § 185 Abs 2 die von dem (nichtberechtigten) Ersterwerber durch seine Eintragungsbewilligung vorgenommene Verfügung genehmigt (JFG 2, 317). — Die Abtretung des rechtswirksam und in der Form des § 313 Satz 1 begründeten Anspruchs auf Übertragung des Eigentums (auf Auflassung) gegen den eingetragenen Eigentümer bedarf zu ihrer Gültigkeit nicht der Form des § 313 (RG 53, 268; 108, 62; 111, 300). Auf Grund der Abtretung kann der Abtretungsempfänger sich an Stelle des Abtretenden die Auflassung erteilen und sich als Eigentümer eintragen lassen (RG Warn 1928 Nr 128). — Ist die Firma eines Einzelkaufmanns die Erwerberin, so ist nicht die Firma, sondern der Einzelkaufmann unter seinem bürgerlichen Namen als Eigentümer einzutragen (JFG 2, 313).

9. Die **Auflassung** (A 6) hat, **abgesehen von dem Eigentumsübergang** bei hinzutretender Eintragung (A 5), noch weitere **Wirkungen.** Wenn ihr ein Kauf oder Tausch zugrunde liegt, so gehen gemäß §§ 446, 515 von dem Zeitpunkt der Eintragung ab Gefahr, Nutzungen und Lasten auf den Käufer über. Nach § 464 verliert der Käufer seine Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz, wenn er die Auflassung ohne Vorbehalt annimmt, obwohl er die Mängel des Grundstücks kennt (RG 58, 261; 59, 104; JW 01, 785; 08, 137[7]). Den Besitz erlangt der Auflassungsempfänger durch die Auflassung allein nicht. Ist er aber in der Lage, die Gewalt über das Grundstück auszuüben, so ist die Auflassung als eine den Besitz verschaffende Einigung im Sinne des § 854 Abs 2 anzusehen. Die **Kosten der Auflassung** hat nach § 449 der Käufer zu tragen. Über die Kosten im Falle sonstiger zugrunde liegender Rechtsgeschäfte bestimmt das BGB nichts. Es kommt hierbei auf das Wesen der Grundrechtsgeschäfte an. Hat danach der Erwerber Anspruch auf kostenfreie Verschaffung des Eigentums (wie z. B. beim Schenkungsvertrag, Vermächtnis), so muß der Veräußerer die Kosten tragen. In der Regel aber wird der Erwerber eine dem Käufer ähnliche Rechtsstellung haben (z. B. bei Übernahme des Nachlaßgrundstücks im Falle der Erbauseinandersetzung). Dann wird § 449 auf ihn entsprechend anzuwenden sein.

10. Die Vorschrift der **gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt** enthält eine Ausnahme von § 128. Auch das formelle Grundbuchrecht macht im § 20 GBO, der eine Ausnahme von § 19 GBO enthält, die Eigentumsumschreibung davon abhängig, daß die Einigung von beiden Teilen erklärt ist. Nach Art 143 Abs 2 EG kann landesrechtlich bestimmt werden, daß bei gerichtlichen oder notariellen Versteigerungen, sofern die Auflassung noch in dem Versteigerungstermin stattfindet, die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile nicht erforderlich ist. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so müssen nach erfolgtem Zuschlag der Eigentümer und der Ersteher bei gleichzeitiger Anwesenheit die Einigung über den Eigentumsübergang erklären. Ein aus dem Versteigerungsprotokoll zu entnehmendes stillschweigendes Einverständnis hierüber genügt nicht (OLG 39, 217). Findet die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt, sondern vor einem Urkundsbeamten (Notar: A 12) statt und sind von diesem die dem § 925 entsprechenden Erklärungen der Beteiligten im voraus protokolliert (A 6), so kann das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit der beiden Beteiligten und des Urkundsbeamten zwar auch dann noch erfüllt sein, wenn nur zwei von ihnen sich in demselben Zimmer befinden und der Dritte in einem anstoßenden offenstehenden Zimmer sich aufhält. Dann müssen aber wenigstens die drei Personen sich gegenseitig sehen und vernehmen können, und ferner muß, wenn das Protokoll vorgelesen und genehmigt wird (A 6), diese Genehmigung von jedem der beiden Beteiligten in vernehmbarer Weise ausdrücklich erklärt werden (RG Warn 1928 Nr 62). Soll ein Vertrag über Veräußerung eines Grundstücks durch Angebot und Annahme gemäß § 128 geschlossen werden, ist zunächst erst ein Angebot gemacht, soll aber die Auflassung unmittelbar im Anschluß an das Zustandekommen des Vertrags erfolgen, so muß, damit sofort nach der Annahmeerklärung des andern Teils die Auflassung stattfinden kann, der Anbietende schon zur Annahmeerklärung bei dem Grundbuchamt (A 12) erscheinen (RG 102, 300). Haben auf der einen Vertragsseite mehrere

Beteiligte (z. B. Miterben, Miteigentümer) mitzuwirken, so ist nicht erforderlich, daß die mehreren Beteiligten sämtlich ihre Erklärung gleichzeitig abgeben. Die Ausnahme von § 128 besteht nur darin, daß die Vertragsgegner ihre Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit zu erklären haben. Daher genügt es, wenn jedesmal der andere Teil und einer oder einzelne der mehreren Vertragsgegner gleichzeitig die Auflassungserklärungen abgeben und schließlich die gleichzeitig mit dem anderen Teil erfolgten Auflassungserklärungen der sämtlichen Vertragsgegner vorliegen (RJA 8, 245; OLG 9, 343).

11. Daß **beide Teile** vor dem Grundbuchamt **in Person erscheinen**, ist **nicht erforderlich.** Die Beteiligten können sich vielmehr durch **Bevollmächtigte** vertreten lassen. Die Bevollmächtigung ist dem Grundbuchamt nachzuweisen. Regelmäßig genügt die Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht, da der Bevollmächtigte seine Vertretungsbefugnis auf eine (Bevollmächtigungs-) Erklärung des Vertretenen gründet und diese Erklärung eine im Sinne des § 29 Satz 1 GBO zur Eintragung erforderliche Erklärung ist (RJA 2, 189; OLG 12, 153). Ausnahmsweise kann aber auch die Auflassungsvollmacht der Form des § 313 unterliegen (§ 313 A 3c, d). Erfolgt die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt, sondern z. B. vor einem Notar (A 12), so genügt es, daß der als Bevollmächtigter Auftretende zur Zeit des Abschlusses der Auflassungsverhandlung Vollmacht hat, da in diesem Zeitpunkt die Auflassungserklärungen wirksam werden; zur Zeit des Eingangs der Verhandlung beim Grundbuchamt und der Vornahme der Eintragung braucht die Vollmacht nicht mehr zu bestehen. Die Auflassungserklärung des Bevollmächtigten bleibt also wirksam, wenn der Machtgeber erst nach Abschluß der Auflassungsverhandlung die Vollmacht widerruft (OLG 40, 46). Formellrechtlich ist allerdings, wenn der Bevollmächtigte den Erwerber vertritt und den Antrag auf dessen Eintragung stellt, zur Vornahme der Eintragung der Nachweis des Bestehens der Vollmacht noch zur Zeit des Eingangs des Antrags beim Grundbuchamt erforderlich, da der verfahrensrechtliche Antrag (§ 13 GBO) erst in diesem Zeitpunkt wirksam wird. Die Eintragung ist daher vom Grundbuchamt abzulehnen, wenn ihm ein inzwischen erfolgter Widerruf der Vollmacht zur Kenntnis gebracht wird oder sonst berechtigte Zweifel an dem Fortbestehen der Vollmacht gegeben sind (OLG 40, 44; 40, 45). Eine Auflassungsvollmacht ermächtigt nicht ohne weiteres auch zur Auflassung an den Rechtsnachfolger des in der Urkunde genannten Gegners (KGJ 51, 202; OLG 40, 274). Daß die Vollmacht für die Auflassung besonders erteilt wird, ist nicht erforderlich. Vielmehr umfaßt die Vollmacht zum Abschlusse des Grundrechtsgeschäfts auch die Bevollmächtigung zu der dinglichen Einigung. Ist die Vollmacht bereits vor der Auflassung durch Widerruf (§ 168) oder Konkurseröffnung (§ 23 KO) erloschen, so hat das Grundbuchamt, wenn ihm das Erlöschen bekannt wird, zwar die Auflassung entgegenzunehmen, aber den Antrag auf Eintragung so lange abzulehnen (§ 18 GBO), bis ihm die Genehmigung des Vertretenen oder des Konkursverwalters (§ 177) nachgewiesen wird (A 7). Tritt aber das Erlöschen (z. B. durch Widerruf, Tod) erst nach der Auflassung ein, so hindert dies die Eintragung nicht. Über Fortdauer der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers A 7 a. E. Einem Notar, vor dem das Grundrechtsgeschäft geschlossen wird, kann mit Rücksicht auf § 171 Nr 1 FGG nicht in derselben Urkunde eine Vollmacht zur Auflassung von den Beteiligten erteilt werden (KGJ 24 A 6). — **Gesetzliche Vertreter** müssen, da ihre Vertretungsbefugnis auf dem Gesetz, nicht auf einer Erklärung des Vertretenen beruht, gemäß § 29 Satz 2 GBO öffentliche Urkunden über ihre Ernennung beibringen (RJA 2, 189; KGJ 22 A 296). Das gilt z. B. für den Vormund (§ 1791), den Nachlaßpfleger (§ 1961), den Nachlaßverwalter (§§ 1975 ff.), den Konkursverwalter (§ 78 KO). Vgl. ferner hinsichtlich des Vorstandes: eines Vereins § 69 (Zeugnis des Registerrichters) und OLG 3, 428; 10, 406 (Auflassungserklärung durch den ganzen Vorstand); einer Genossenschaft § 26 Abs 2 GenG (Zeugnis des Genossenschaftsregisterrichters); einer Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, offenen Handelsgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung §§ 33, 35 GBO (Zeugnis des Handelsregisterrichters, Bezugnahme auf Handelsregister) und RJA 3, 105 (Auszug des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle aus dem Register genügt). **Prokuristen** und **Handlungsbevollmächtigte** sind nach §§ 49 Abs 2, 54 Abs 2 HGB zur Grundstücksveräußerung nur im Falle besonderer Ermächtigung befugt; zur Belastung eines Grundstücks bei dessen Erwerb bedürfen sie ebenfalls einer besonderen Ermächtigung (RJA 5, 273). — Über die Auflassungserklärung eines Vertreters **ohne Vertretungsmacht** vgl. A 7. Unter welchen Voraussetzungen **ein Vertreter** im Namen des Vertretenen **mit sich selbst die Einigung erklären** kann, ergibt sich aus § 181. Danach ist sowohl ein gewillkürter als auch ein gesetzlicher Vertreter dazu befugt, wenn die Eigentumsübertragung lediglich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt; der gewillkürte Vertreter ferner, wenn ihm die Eigentumsübertragung an sich selbst durch die Vollmacht gestattet ist. Unter denselben Voraussetzungen können beide Vertragsteile von einer Person bei der Auflassung vertreten werden; insbesondere kann eine Person sowohl zur Erteilung wie zur Entgegennahme der Auflassung bevollmächtigt werden (RG 51, 422; RJA 3, 45; KGJ 21 A 292; OLG 40, 274; JFG 4, 328). Auch einem **Testamentsvollstrecker**, der nicht Vertreter der Erben ist und auf den daher § 181 keine Anwendung findet (RG 56, 330; 61, 145; RJA 3, 101), kann durch das Testament vom Erblasser gestattet werden, über ein Nachlaßgrundstück durch Auflassung zu seinen

Gunsten zu verfügen (KGJ 25 A 72; RJA 3, 45). Ist ein Miterbe zum Testamentsvollstrecker ernannt, so ist er, falls sich nicht aus dem Testament etwas Abweichendes ergibt, gemäß dem aus der Ernennung des Miterben und den vom Gesetz bestimmten Befugnissen des Testamentsvollstreckers zu entnehmenden Willen des Erblassers als ermächtigt zu erachten, die zur Erbauseinandersetzung erforderlichen Auflassungen von Nachlaßgrundstücken nicht nur an andere Miterben, sondern auch an sich selbst vorzunehmen (RG 61, 141; OLG 4, 437; a. M. RJA 3 S. 101, 167; 4, 185).

Eine Ausnahme von dem Grundsatz der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile besteht, wenn der **eine Teil zur** Erteilung oder Entgegennahme der **Auflassung rechtskräftig verurteilt** ist. Die Auflassungserklärung gilt dann gemäß § 894 Abs 1 Satz 1 ZPO als mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils abgegeben. Der andere Teil erlangt die Eintragung, wenn er unter Vorlegung des mit Rechtskraftzeugnis versehenen Urteils, das nun die Auflassungserklärung des Verurteilten so ersetzt, als wenn dieser anwesend wäre und die Erklärung freiwillig abgäbe, die von seiner Seite erforderliche Auflassungserklärung vor dem Grundbuchamt abgibt und den Eintragungsantrag stellt (Prot 3, 177; RG 76, 411; KGJ 44, 223; 49, 183). Ist der Beklagte auf Grund eines Kaufvertrags zur Auflassung verurteilt worden, so wird die Vollziehung des Urteils in dieser Weise nicht dadurch gehindert, daß der Verurteilte angeblich zwar erst nach der Klagerhebung, aber schon zur Zeit der Urteilsfällung geschäftsunfähig geworden war. Denn der Kaufvertrag begründet nach § 433 die Verpflichtung des Verurteilten zur rechtswirksamen Auflassung. Daher ist gemäß der Klagebegründung das Urteil dahin aufzufassen, daß zur Abgabe einer rechtsgültigen Auflassungserklärung verurteilt worden ist (RG Gruch 63, 506). Wird das Urteil erst nachträglich dem Grundbuchamt eingereicht, so ist das Erfordernis der Gleichzeitigkeit und Einheitlichkeit der Auflassungserklärungen nicht gewahrt; die daraufhin etwa erfolgte Eigentumseintragung ist unrichtig (KGJ 49, 183). Ist die Verurteilung zur Auflassung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung erfolgt (z. B. Verurteilung des Verkäufers Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises), so ist Beibringung einer nach §§ 726, 730 ZPO erteilten vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erforderlich, da nach § 894 Abs 1 Satz 2 die Auflassungserklärung erst mit Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung als abgegeben gilt (RG Gruch 63, 507). Diese Ausfertigung muß bei der Auflassungserklärung des andern Teils vorliegen; wird sie erst später erteilt, so ist die Auflassung nichtig (RG HRR 1928 Nr 215). Die Wirkung des Urteils, die mit seiner Vollziehung durch Vorlegung verbunden ist, hat ihre Richtung immer gerade auf die zuständige Amtsstelle, vor der die Vorlegung und die Erklärung des anderen Teils erfolgt, gleichviel, ob die Amtsstelle das Grundbuchamt oder eine andere nach Reichs- oder Landesrecht (Art 143 EG) zuständige Behörde ist (A 12). — Ist im öffentlichen Interesse nach Reichsrecht oder Landesrecht eine nicht rechtsgeschäftliche Genehmigung (z. B. des Vormundschaftsgerichts: § 1821 Nr 1, 4; einer Aufsichtsbehörde: A 3) zur Auflassung erforderlich, so bedarf es neben dem rechtskräftigen Urteil nicht noch der Beibringung der Genehmigung. Denn einesteils gilt das Erfordernis der Genehmigung nur für die freiwillige rechtsgeschäftliche Verfügung; andernteils hat der Prozeßrichter, bevor er eine Verurteilung (z. B. des Vormundes) ausspricht, zu prüfen, ob eine Genehmigung erforderlich und nachgewiesen ist (str.; KGJ 31 A 293; 45, 264). Dies gilt auch dann, wenn die Verurteilung auf Grund eines Anerkenntnisses (§ 307 ZPO) erfolgt ist und das Prozeßgericht unter Berücksichtigung des Umstands, daß das Anerkenntnis keine reine Prozeßhandlung, sondern Verfügungsakt ist, das Anerkenntnisurteil ohne Genehmigung (z. B. des Vormundschaftsgerichts) nicht hätte erlassen dürfen. Denn die Rechtskraft des Urteils schließt seine sachliche Nachprüfung aus (KGJ 45, 267). Daß nach § 894 Abs 1 Satz 2 ZPO mit der Rechtskraft des Urteils die Auflassungserklärung als abgegeben gilt, ist nicht lediglich Urteilswirkung, sondern schon ein Akt der Zwangsvollstreckung, wenngleich hier nicht wie bei der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne neben der Verurteilung noch ein weiterer Zwang gegen den Verurteilten ausgeübt wird (str.; RG 62, 157; 76, 409; 88, 202; 89, 230; KGJ 26 A 262). Ist also gegen einen in Gütergemeinschaft verheirateten Mann ein Urteil auf Auflassung eines zum Gesamtgut gehörigen Grundstücks ergangen, so genügt nach § 740 ZPO dies Urteil; zur Eintragung der Eigentumsänderung bedarf es nicht der nach § 1445 zur Verfügung des Ehemanns über ein zu dem Gesamtgut gehörendes Grundstück erforderlichen Einwilligung der Ehefrau (str.; KGJ 26 A 260; 40 A 159; offen gelassen in RG 108, 285). Vgl. dagegen über die Prüfung der Verfügungsbefugnis des Verurteilten und die Beibringung sonstiger Nachweise § 873 A 7 c. Wenn der zur Erteilung der Auflassung Verurteilte noch nicht als Eigentümer eingetragen ist, kann der andere Teil gemäß § 14 GBO zunächst die Eintragung des Verurteilten beantragen. Ist das Urteil auf Erteilung der Auflassung nur vorläufig vollstreckbar, so kann nach § 895 ZPO nur eine Auflassungsvormerkung eingetragen oder zur Herbeiführung der Auflassung im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 ZPO (Ermächtigung, die Auflassung durch einen Dritten vornehmen zu lassen) vorgegangen werden (RG 55, 57). Letzteres gilt, da § 894 ZPO nicht anwendbar ist, auch dann, wenn der Schuldner verurteilt ist, nach seiner Wahl aufzulassen oder etwas anderes zu leisten (RG 53, 84; 55, 60). Ist zur Zeit der Urteilsfällung das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen (Art 189

EG), so kann nach Anlegung des Grundbuchs so verfahren werden, wie wenn zu jener Zeit das Grundbuch bereits angelegt gewesen wäre. Denn die Verurteilung schließt auch die Verpflichtung zur Beobachtung der nach Einführung des Grundbuchrechts zur Eigentumsübertragung erforderlichen Form in sich (RG JW 00, 607[14]). Die Vollstreckung des Urteils gegen einen anderen als den Verurteilten (z. B. einen Rechtsnachfolger, einen Nacherben, einen Erben im Verhältnisse zum Testamentsvollstrecker) ist in § 873 A 7 e behandelt. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Auflassungserklärung nicht nur zugunsten des Gläubigers, sondern auch zugunsten des Schuldners als abgegeben. Daher ist die den Gegenstand der Verurteilung bildende Leistung, die Auflassungserklärung, als vom Schuldner bewirkt anzusehen (z. B. für die Frage, ob dem Gläubiger Rechte nach §§ 283, 325 Abs 2 oder 326 zustehen: RG 76, 412). Über den erforderlichen Inhalt des Urteils A 13 a. E. — Vollstreckbare Prozeßvergleiche (§ 794 Abs 1 Nr 1 ZPO), die die Erteilung einer Auflassung zum Gegenstand haben, stehen in den Rechtsgebieten, in denen die Auflassung nur vor dem Grundbuchamt (A 12) erfolgen kann, den Urteilen nicht gleich; sie sind gemäß § 887 ZPO zu vollstrecken (RG 55, 57; RJA 11, 235).

12. Statt **vor dem Grundbuchamt** kann nach Art I § 1 VO v. 11. 5. 1934 (RGBl I 378) die Auflassung in allen Teilen des Deutschen Reichs auch **vor einem Notar** erklärt werden. Dies gilt auch für Grundstücke, die außerhalb des Amtsbezirks des Notars oder des Landes, von dem er bestellt ist, liegen. Allerdings darf der Notar die Auflassung nur in seinem Amtsbezirk entgegennehmen. Ein Verstoß hiergegen hat jedoch nicht die Unwirksamkeit der aufgenommenen Urkunde zur Folge (VO v. 17. 6. 1934, RGBl I 514). Schon bevor diese reichsrechtlichen Vorschriften ergingen, konnte gemäß Art 143 Abs 1 EG landesrechtlich die Erklärung der Auflassung auch vor Gericht, einem Notar, einer anderen Behörde oder einem anderen Beamten zugelassen werden. In Preußen konnte schon nach Art 26 AG im bisherigen Geltungsbereich des rheinischen Rechts die Auflassung außer vor dem Grundbuchamt auch vor einem anderen Amtsgericht oder vor einem Notar erklärt werden. Durch Gesetz über die Form der Auflassung v. 13. 5. 18 ist diese Vorschrift ausgedehnt auf alle preußischen Grundstücke. Dazu erging eine AllgVf. betr. die Entgegennahme der Auflassung durch Notare v. 23. 5. 1921 (PrJMBl. 317). In ihr wird namentlich die Zeitspanne zwischen Auflassung und Einreichung der Verhandlungen zu den Grundakten als außerordentlich mißlich und für die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährlich erklärt und Hinwirkung auf eine tunlichst alsbaldige Einreichung angeordnet. Auf die Bestellung der im Art 38 AG bezeichneten selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten und auf die im Ges. v. 4. 8. 04 geregelte Bestellung von Salzabbaugerechtigkeiten findet das Ges. v. 13. 5. 18 keine Anwendung, da für diese Gerechtigkeiten Art 26 AG nicht galt. Diese Bestellungen erfolgen jetzt gemäß § 36 der VO über das Erbbaurecht v. 15. 1. 19 nach § 11 dieser Verordnung (§ 1 A 1, § 37 A 3 der VO). Vgl. ferner für: Bayern Art 81 AG; Sachsen §§ 13, 20 AG; Württemberg Artt 34, 35, 38 Ges. v. 13. 8. 07. Nach dem Preußischen Gesetz vom 14. Dezember 1920/1. März 1928 betr. Übertragung richterlicher Geschäfte in Grundbuchsachen auf die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gilt folgendes: Auch die Entgegennahme von Auflassungen kann übertragen werden, und zwar einschließlich der regelmäßig damit verbundenen Beurkundungen der Schuldurkunden, der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Urkunde, der Abtretungs- und Verpfändungserklärungen sowie der Empfangsbescheinigungen. Der Landgerichtspräsident kann die Entscheidung auf Eintragungsanträge einfacherer Art als geeignet zur Übertragung an den Urkundsbeamten bezeichnen. Er kann auch die Entscheidung auf alle Eintragungsanträge als geeignet bezeichnen, soweit sich nicht der Richter im Einzelfall die Entscheidung vorbehalten hat. Der Richter soll von dem Vorbehalt Gebrauch machen in den Fällen des § 26 und in Fällen, in denen es sich um Grundstücke außerhalb des Amtsgerichtsbezirks handelt. Danach erfolgt in Preußen die Entgegennahme der Auflassung jetzt in der Regel durch den Urkundsbeamten (genannt Rechtspfleger), soweit nicht ein Notar zuständig ist und sie entgegennimmt. Vgl. hierzu auch RG 132, 406. — Das Grundbuchamt im Sinne des § 925 ist diejenige Behörde, die das Grundbuch über das zu veräußernde Grundstück führt oder zu dessen Führung zuständig ist, nicht ein beliebiges Grundbuchamt. In Preußen sind nach § 1 GBO, Art 1 AG.GBO die Amtsgerichte die Grundbuchämter. Ist das Grundbuchamt mit mehreren Richtern besetzt, so sind auch die Grundbuchrichter zuständig, denen die Führung des fraglichen Grundbuchblatts nicht besonders aufgetragen ist (str.). Vor dem Prozeßgericht kann die Auflassung über (z. B. zur Erfüllung eines Vergleichs) nicht erfolgen, da das Prozeßgericht zu Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die vor dem Grundbuchamt vorgenommen werden müssen, in keinem Falle zuständig ist (A 11 Abs 2). Wenn jedoch auf Grund des Art 143 EG landesgesetzlich (wie z. B. in Sachsen, Mecklenburg-Schwerin) bestimmt ist, daß die Auflassung der im Gebiet des Bundesstaats (Freistaats) liegenden Grundstücke außer vor dem Grundbuchamt auch vor jedem Gericht erfolgen könne, so ist die in einem gerichtlichen Prozeßvergleich von beiden Beteiligten erklärte Auflassung wirksam (RJA 11, 235; 14, 319). Wenn die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt oder einer nach Reichs- oder Landesrecht sonst zuständigen anderen Amtsstelle erklärt wird, ist sie nach § 125 nichtig, weil sie der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehrt; dann geht trotz Eintragung das Eigentum nicht über (str.). Daß die Auflassung aber gerade im Amtslokal des

Grundbuchamts erklärt wird, ist nicht erforderlich. Denn auch eine Erklärung vor dem zu amtlicher Tätigkeit bereiten Grundbuchbeamten außerhalb der Amtsstelle ist eine Erklärung „vor dem Grundbuchamt" (str.). — Gibt derjenige, der die Auflassung erteilt oder annimmt, sich dem Grundbuchbeamten gegenüber fälschlich als die Person des Veräußerers oder Erwerbers aus, so liegt eine rechtswirksame Auflassung „vor dem Grundbuchamt" nicht vor, mag auch die falsche Person in Vollmacht der richtigen Person handeln und der andere Beteiligte dies wissen (RG 106, 198).

13. Die **Erklärung der Auflassung** ist **von allen Beteiligten mündlich abzugeben** (RG 99, 68; OLG 3, 429; 10, 406; KGJ 33 A 192). Da es sich um Vertragserklärungen handelt (A 6), müssen die Erklärungen von der einen Partei gegenüber der anderen ausdrücklich und zweifelsfrei abgegeben werden (OLG 45, 211). Ein **bestimmter Inhalt** ist im Gesetz **nicht vorgeschrieben.** Daß das Wort „auflassen" gebraucht wird, ist nicht erforderlich (OLG 4, 311). Es genügt vielmehr, wenn sich aus den Erklärungen beider Teile die Einigung über den Eigentumsübergang ergibt (RG 54, 381; JFG 4, 326). Daher ist es genügend: wenn der Veräußerer erklärt, daß er das Eigentum an dem Grundstück dem Erwerber übertrage, und der Erwerber diese Erklärung annimmt; wenn beide Teile erklären, sie seien darüber einig, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen solle (RJA 3, 143); wenn der Veräußerer erklärt, er bewillige die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer, und der Erwerber seine Eintragung beantragt (RG 54, 382; OLG 26, 36) oder die Erklärung annimmt (OLG 4, 311). In RG 129, 124 wird sogar die Deutung von Erklärungen über den Verkauf und die Übertragung eines Erbanteils an den Erbschaftskäufer als Auflassung eines zur Erbmasse gehörenden Grundstücks zugelassen. Insbesondere ist außer der Erklärung der Einigung über den Eigentumsübergang nicht etwa noch die Erklärung der Einigung über die Eintragung erforderlich, da im § 873 Abs 1 nur Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung erfordert wird (RJA 3, 145; KGJ 48, 160). Ebensowenig ist erforderlich, daß der Veräußerer das Bewußtsein hat, Eigentümer zu sein; maßgebend ist vielmehr seine Erklärung der Eigentumsübertragung (OLG 26, 35). Auch nach formellem Grundbuchrecht ist nicht Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung, daß eine ausdrückliche Bewilligung der Eintragung erklärt ist. Denn § 19 GBO (Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten) kommt bei Auflassungen nicht zur Anwendung. Maßgebend ist hier vielmehr § 20 GBO, wonach die Erklärung der „erforderlichen Einigung", also der Einigung über den Eigentumsübergang, genügt (RJA 3, 145; KGJ 48, 146; § 873 A 7 d; vgl. aber für den Fall des Fehlens jeder Erklärung des Erwerbers in der Auflassungsurkunde OLG 26, 34). Formellrechtlich bedarf es weiter eines formlosen (§ 30 GBO) Eintragungsantrags gemäß § 13 GBO (OLG 11, 158; KGJ 43, 203). Ein solcher Antrag wird aber regelmäßig schon in den Einigungserklärungen mit enthalten sein, sofern nicht die Auflassung vor einer anderen Behörde als dem Grundbuchamt erklärt ist (RG 54, 383; 84, 236; RJA 3, 144) oder die Beteiligten sich aus bestimmten Gründen trotz der Auflassung die Stellung des Eintragungsantrags vorbehalten (KGJ 43, 203); dieser Vorbehalt ist trotz der Bestimmung des § 925 Abs 2 zulässig (A 14). Auf die Reihenfolge der Erklärungen kommt es nicht an; die Auflassungserklärung des Veräußerers braucht der des Erwerbers nicht vorauszugehen. Wird die Auflassung zusammen mit dem Grundrechtsgeschäft in einer Urkunde aufgenommen, so ist eine räumliche Trennung beider Geschäfte nicht erforderlich. — Da die Einigungserklärungen mündlich abzugeben sind und die **Aufnahme eines Protokolls** darüber zur Gültigkeit nicht vorgeschrieben ist, sind die Erklärungen auch dann rechtswirksam, wenn eine Protokollaufnahme unterblieben ist. Die Auflassung hat gegenüber der nach § 873 Abs 1 erforderlichen Einigung nur die Besonderheit, daß sie bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile in Gegenwart des Grundbuchbeamten erklärt werden muß, nicht die Besonderheit, daß sie erst dann rechtsgültig wird, wenn ihre Aufnahme zum Protokoll erfolgt ist. Anders liegt die Sache in den Fällen der §§ 1434, 1750, 1770, 2276, 2290. Dort ist vorgeschrieben, daß die Verträge bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile „vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen" werden müssen. Das bedeutet nach dem Sprachgebrauch des BGB, daß der Vertragsschluß gerichtlich oder notariell beurkundet, also gemäß §§ 168, 175 ff. FGG zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll aufgenommen werden muß. Aus den Worten „Einigung vor dem Grundbuchamt erklärt" in § 925 ist aber nicht zu entnehmen, daß die Erklärung der Auflassung zu Protokoll abzugeben ist, um gültig zu sein (Prot 3, 176). Die Frage ist indessen streitig. Formgerechte Beurkundung gemäß §§ 168 ff. FGG als Voraussetzung der Wirksamkeit der Auflassung ist angenommen in KGJ 35 A 255; OLG 25, 371 und mit ausführlicher Begründung in KGJ 51, 142. In der zuletzt genannten Entscheidung wird aus der Entstehungsgeschichte des § 925 und der oben bezeichneten Paragraphen gefolgert, daß die Auflassung jenen Verträgen gleichzustellen sei und die Worte „vor dem Grundbuchamt erklärt" bedeuteten „vor dem Grundbuchamt zu Protokoll erklärt". Demzufolge wurde eine Auflassung für nichtig erklärt, weil der Grundbuchrichter unterlassen hatte, das Protokoll zu unterzeichnen. Die Entstehungsgeschichte stützt diese Ansicht aber keineswegs so klar, daß sie gegenüber dem Wortlaut des § 925 für maßgebend angesehen werden könnte. Vielmehr erklären die Motive zu Entw I BGB § 828, der allerdings für die Übertragung des Eigentums keine besondere Formvorschrift gegenüber Verträgen auf sonstige

Rechtsänderungen an einem Grundstück enthielt, in Bd. 3 S. 177, 181, daß zwar demnächst in der GBO die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchamts vorgeschrieben werden würde, daß aber die auf Grund einer nur mündlichen oder einer zwar schriftlichen, aber nicht beglaubigten Eintragungsbewilligung vollzogene Eintragung nicht als nichtig anzusehen sei. Und die Motive zu Entw I GBO S. 75 besagen, die Vertragserklärungen seien nicht an eine Form gebunden, es komme nur darauf an, daß die Erklärungen wirklich abgegeben seien. Das Reichsgericht hatte in RJA 5, 103 (unvollständig **RG** 54, 195) die Meinung, daß die Auflassung auch bei Annahme eines Verstoßes gegen die §§ 176, 177 FGG als gültig angesehen werden müsse, als irrig bezeichnet. In **RG** 99, 65 und in Gruch 65, 90 ist jedoch diese Auffassung aufgegeben und mit einer der hier vertretenen Ansicht im wesentlichen entsprechenden Begründung dahin entschieden, daß auch die auf Grund einer nicht beurkundeten oder nicht formgerecht beurkundeten, vor dem Grundbuchamt erklärten Auflassung erfolgte Eintragung des Erwerbers rechtswirksam sei. Dieselbe Rechtsansicht liegt zugrunde der Entscheidung **RG** 132, 406, wo es sich darum handelte, ob die Auflassung überhaupt mündlich erklärt oder nur ein Auflassungsprotokoll niedergeschrieben und beglaubigt war und ob der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (Grundbuchführer), vor dem die Parteien auftraten, zur Entgegennahme der Auflassung nach den damaligen Bestimmungen zuständig war. Übrigens ist die Streitfrage wenig praktisch, da nach § 29 GBO der Grundbuchrichter die Eintragung des Eigentumsübergangs nur vornehmen darf, wenn die Auflassungserklärungen vor ihm zu Protokoll gegeben sind oder, sofern die Auflassung vor einem Notar oder einer anderen Behörde erfolgt ist, ihm in der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form nachgewiesen werden (KGJ 35 A 256). — Wird die Auflassungserklärung des Veräußerers oder des Erwerbers (**RG** 76, 411; KGJ 31 A 294) durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 Abs 1 Satz 1 ZPO ersetzt (A 11), so muß das Urteil seinem Inhalt nach den bei der Auflassung vor dem Grundbuchamt zu stellenden Anforderungen (oben) entsprechen (**RG** 76, 412). Jedoch braucht nicht notwendig die Verurteilung zur Auflassung oder Entgegennahme der Auflassung im Urteil ausgesprochen zu sein. Es genügt ein Ausspruch, aus dem die Verurteilung zur Abgabe einer auf Eigentumsübertragung gerichteten Erklärung zu entnehmen ist, z. B. die Verurteilung des Eigentümers zur Bewilligung der Eintragung des anderen Teiles als Eigentümers (**RG** 54, 382; jedoch auch RJA 2, 48). Eine Verurteilung Zug um Zug gegen Auflassung umfaßt den ganzen Vorgang nach §§ 873, 925, also Auflassung im gesetzlichen Sinne und Eintragung (**RG** 84, 236). Sind mehrere Erwerber zur Entgegennahme der Auflassung verurteilt, so muß mit Rücksicht auf § 48 GBO und auf die Verschiedenheit der möglichen Miteigentumsarten (z. B. Miteigentum zu gesamter Hand, Miteigentum nach Bruchteilen) das zwischen den Erwerbern zu begründende Miteigentumsverhältnis bestimmt bezeichnet sein (**RG** 76, 412). — Eine Auflassungserklärung, die noch nicht durch Eintragung vollzogen ist, kann durch nachträgliche Vereinbarung der Beteiligten **wieder aufgehoben** werden (JFG 1, 286; 2, 319). Materiellrechtlich bedarf es dazu nicht der Beobachtung einer Form, da in dieser Hinsicht eine Formvorschrift nicht gegeben ist (**RG** 65, 392). Der Grundbuchrichter aber darf die beantragte Eigentumseintragung nur dann ablehnen, wenn ihm die Aufhebungsvereinbarung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird (JFG 1, 286).

14. Die dingliche Einigung (§ 873 Abs 1) kann regelmäßig auch eine bedingte oder betagte sein. Hiervon enthält Abs 2 eine Ausnahme für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken. **Erfolgt die Auflassung unter einer** aufschiebenden oder auflösenden **Bedingung oder unter einer Zeitbestimmung,** sei es für einen Anfangstermin, sei es für einen Endtermin, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung wegen Nichtigkeit der Auflassung abzulehnen. Die dennoch bewirkte Eintragung überträgt das Eigentum nicht. Auch wenn im Falle einer aufschiebenden Bedingung (z. B. schenkweise Auflassung an Brautleute unter der Bedingung des Eheschlusses; Auflassung mit der Bestimmung, daß die Eintragung des Erwerbers erst nach dem Tode des Veräußerers erfolgen soll) demnächst die Bedingung eintritt, wird die Auflassung, da sie rechtlich nicht existiert, nicht wirksam (OLG 5, 251; 14, 79; 41, 157; KGJ 36 A 198). Soll daher nach dem Grundrechtsgeschäft das Eigentum für den Veräußerer bis zum Eintritt einer Bedingung oder eines Anfangstermins (z. B. bis zur Bezahlung des Kaufpreises) vorbehalten sein, so muß die Auflassung zunächst unterbleiben. Soll das Eigentum unter einer auflösenden Bedingung oder bis zu einem Endtermin übertragen werden, so kann nur eine unbedingte oder unbetagte Auflassung mit der Folge unbeschränkter Eigentumsübertragung auf den Erwerber erteilt werden. Der bedingte oder betagte Anspruch auf Erwerb oder Rückübertragung des Eigentums kann nur durch Vormerkung (§§ 883—888) gesichert werden. Die Vormerkung hat insbesondere die Wirkung, daß im Falle des Eintritts der Bedingung oder des Zeitpunkts die seit der Eintragung der Vormerkung von dem Eigentümer getroffenen Verfügungen gemäß § 883 Abs 2 unwirksam sind und daß der Erwerber oder der Veräußerer von dem durch die Verfügung Begünstigten nach § 888 die Löschung des für diesen eingetragenen Rechts verlangen kann. — **Jedoch bezieht sich Abs 2** nur auf rechtsgeschäftliche Bedingungen im Sinne des § 158, **nicht auf Rechtsbedingungen,** d. h. gesetzliche Voraussetzungen der gewollten Eigentumsübertragung. Daher ist z. B. eine Auflassung zulässig unter der Bedingung: daß der auf-

lassende Nichteigentümer demnächst als Eigentümer werde eingetragen werden (OLG 2, 1; 5, 419); daß die Auflassung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht oder eines Nichtberechtigten vom Vertretenen oder Berechtigten werde genehmigt werden (RJA 2, 85; 2, 251; 3, 263); daß der auflassende Vormund oder Vater die erforderliche (§§ 1821 Nr 1, 1643) Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu der Auflassung erhalten werde (RJA 7, 131); daß die Aktiengesellschaft, an die der einbringende Gründer ein Grundstück aufläßt, zur Entstehung gelangen werde (OLG 6, 486). Deshalb steht das Gesetz auch nicht entgegen einer Verurteilung des Veräußerers zur „Auflassung, sobald er die Rechtsmacht dazu habe" (**RG** HRR 1929 Nr 2080). Wenn aber die Auflassenden die Wirksamkeit ihrer Erklärungen rechtsgeschäftlich von dem Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung (z. B. der Genehmigung des Berechtigten) abhängig machen, so ist die Auflassung unter einer aufschiebenden Bedingung im Sinne des § 158 erfolgt und daher unwirksam (KGJ 36 A 198). Ist ein Kaufvertrag und zugleich die Auflassung vor einem Notar (A 12) erklärt und am Schlusse des notariellen Protokolls bestimmt, daß der Vertrag mit dem Eintritt einer bestimmten Bedingung als nicht geschlossen gelten solle, so ist anzunehmen, daß auch die Auflassung von der Bedingung betroffen und deshalb unwirksam ist (OLG 26, 35). — **Zulässig ist eine Auflassung:** unter dem Vorbehalt, daß die Vollziehung der Auflassung, also die den Eigentumserwerb erst herbeiführende Eigentumseintragung nur gleichzeitig mit einer anderen Eintragung (z. B. einer Kaufgeldhypothek, eines Nießbrauchsrechts für den Veräußerer) erfolgen soll (KGJ 43, 200; JFG 1, 337); unter Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Ordnung der Hypothekenverhältnisse und demnächstiger Rückübertragung (OLG 18, 200); mit der vertraglichen Abrede, daß die eine Partei unter gewissen Umständen von der (unbedingt) erklärten Auflassung keinen Gebrauch machen solle (**RG** 24. 2. 28 VII 366/27). Auch ist eine nach erfolgter Auflassung vor einem Notar von den Beteiligten getroffene Abrede, daß die Auflassungsverhandlung dem Grundbuchamt nicht ohne ausdrückliche Zustimmung des Auflassenden zum Vollzug der Eigentumsänderung eingereicht werden solle, nicht als Festsetzung einer Bedingung für die Auflassung, sondern nur als eine die Durchführung der Auflassung betreffende Vereinbarung zu erachten, bei deren schuldhafter Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den verletzenden Beteiligten (z. B. gegen den Auflassungsempfänger, der ohne Zustimmung des Auflassenden die Eintragung der Eigentumsänderung herbeigeführt hat) gegeben sein können (**RG** Gruch 68, 547). — Wird der Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück von einem Gläubiger nach § 848 ZPO gepfändet, so hat die Auflassung an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgericht der belegenen Sache zu bestellenden Sequester als Vertreter des Schuldners zu erfolgen. Der Gläubiger erlangt mit dem Übergang des Eigentums auf den Schuldner kraft Gesetzes ohne Eintragung eine Sicherungshypothek. Ein zweiter Erwerber, welcher inzwischen vom Ersterwerber (Pfändungsschuldner) das Grundstück aufgelassen erhalten, aber wegen bestehender Hindernisse nicht die Eintragung des Eigentums, sondern nur die Eintragung einer Vormerkung nach § 18 GBO erlangt hat, kann trotz der Vormerkung als Eigentümer erst eingetragen werden, nachdem nicht nur der Antrag des Sequesters auf Eintragung des Eigentums des Ersterwerbers, sondern auch der Antrag des Sequesters auf Eintragung der Sicherungshypothek erledigt ist, mag auch die Eintragung des Eigentums des Zweiterwerbers früher beantragt sein als die Eintragung des Ersterwerbers und die Eintragung der Sicherungshypothek durch den Sequester (JFG 7, 335).

§ 926

Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig [1]), daß sich die Veräußerung auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigentum an dem Grundstück [2]) auch das Eigentum an den zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken [3]), soweit sie dem Veräußerer gehören [4]). Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör erstrecken soll [5]).

Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräußerung [6]) den Besitz [7]) von Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind [8]), so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 936 Anwendung; für den guten Glauben des Erwerbers ist die Zeit der Erlangung des Besitzes [9]) maßgebend [10]).

E II 839; P 3 178 ff., 216 ff.

1. Die **Einigung** über die Erstreckung der Veräußerung auf das Zubehör genügt für sich allein. Eine Übergabe gemäß §§ 929—931 ist hier nicht erforderlich. Der Grund für diese Ausnahme ist die wirtschaftliche Einheit, die ein Grundstück und sein Zubehör bilden (Prot 3, 180).

2. Da das **Eigentum an dem Grundstück** durch Auflassung und Eintragung erworben wird (§§ 873, 925), geht das Eigentum an dem Zubehör erst beim Vorliegen beider Tatsachen über

(RG 83, 68). Erfolgt eine rechtsgültige Auflassung ausnahmsweise erst nach der Eigentumseintragung, so ist der Zeitpunkt der Auflassung maßgebend. Auf den Zeitpunkt der Einräumung des Besitzes an dem Grundstück und dem Zubehör kommt es nicht an. Wird in der Zwischenzeit bis zu der etwa hinausgeschobenen Übergabe eine Pfändung des Zubehörs gegen den Veräußerer ausgebracht oder verfügt er selbst noch über das Zubehör, so berührt dies den Erwerber nicht (Prot 3, 179). Dagegen sind Pfändungen oder sonstige Belastungen des Zubehörs in der Zwischenzeit zwischen der Auflassung und der Eintragung dem Erwerber gegenüber wirksam. Denn der Veräußerer ist zu dieser Zeit noch Eigentümer des Grundstücks und daher auch noch Eigentümer des Zubehörs. Verfügungsbeschränkungen, die während dieser Zwischenzeit in der Person des Veräußerers eintreten, hindern aber nach § 878 den Übergang des Eigentums an dem Zubehör nicht. Daher kann der Erwerber, wenn innerhalb dieser Zeit der Konkurs über das Vermögen des Veräußerers eröffnet wird, Aussonderung des Zubehörs beanspruchen (§§ 15, 43 KO). Ist das Grundstück nebst Zubehör vom Veräußerer vor der Auflassung übergeben, so erlangt der Erwerber auch dann, wenn der Übereignungswille der Beteiligten Grundstück und Zubehör zusammen umfaßt, vor der Auflassung noch kein Eigentum an dem Zubehör, es sei denn, daß über den sofortigen Eigentumsübergang eine besondere Einigung im Sinne des § 929 vorliegt (RG Gruch 48, 1064; 28. 1. 04 V 313/03; 6. 2. 04 V 334/03; OLG 34, 177).

3. **Die Zubehörstücke** (§§ 97, 98) brauchen nur überhaupt **vorhanden** zu sein. Daß sie sich im Besitz des Veräußerers befinden, ist nicht erforderlich (Prot 3, 180). Ist ein Dritter im Besitz, so bedarf es nicht der Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931). Die Gegenstände müssen aber **zur Zeit des Erwerbs**, also im Augenblick der Eintragung auf Grund der Auflassung, **Zubehör** sein. Haben sie in der Zeit vom Abschluß des Veräußerungsvertrags bis zur Auflassung oder auch nur in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung aufgehört, Zubehör zu sein (z. B. dadurch, daß ein Dritter auf Grund eines früheren Kaufes sie vom Grundstück weggeholt hat), so geht das Eigentum an ihnen nicht über (OLG 34, 177). Vorübergehende Trennung von dem Grundstück hebt nach § 97 Abs 2 die Zubehöreigenschaft nicht auf. Die Vorschrift des § 926 erfordert aber wirkliche Zubehöreigenschaft. Auf das, was nicht Zubehör ist, erstreckt sich der Erwerb auch dann nicht, wenn der Erwerber es für Zubehör gehalten hat (OLG 14, 96). Über den Fall, daß von zwei bisher einem Eigentümer gehörenden Grundstücken, zu denen gemeinschaftliches Zubehör gehörte, eines veräußert wird, vgl. § 97 A 5. Die Bestandteile (§§ 93 ff.) umfaßt der Eigentumsübergang an dem Grundstück von selbst ohne besondere Einigung. Ausgenommen sind aber nicht wesentliche Bestandteile, die dem Veräußerer nicht gehören.

4. Da das Eigentum an den Zubehörstücken nach Abs 1 nur erlangt wird, **soweit sie dem Veräußerer gehören**, müssen sie dem Auflassenden in demselben Rechtsumfang und mit demselben Rechtsinhalt gehören wie das Grundstück selbst (RG 97, 107). Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn das Grundstück Fideikommißgut ist, die Zubehörstücke aber im Allodialeigentum des zeitigen Inhabers des Fideikommisses stehen (RG 97, 107). Gehören die Zubehörstücke dem Veräußerer zwar zur Zeit der Auflassung, aber (z. B. wegen anderweiter Veräußerung) nicht mehr zur Zeit der Eintragung, so findet ein Eigentumsübergang nach Abs 1 nicht statt (A 2). In diesem Falle kann vielmehr ein Eigentumserwerb nur gemäß Abs 2 erfolgen.

5. Satz 2 gibt für das dingliche Rechtsgeschäft eine **Auslegungsregel**, die der im § 314 für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft gegebenen entspricht. Die danach begründete Vermutung für die Einigung über die Mitveräußerung (A 1) muß derjenige, der den Eigentumsübergang an einzelnen Zubehörstücken leugnet, durch den Nachweis widerlegen, daß der Übereignungswille, sei es auch nur eines Vertragsteils, sich auf das Zubehörstück nicht bezogen hat (Prot 3, 179). Dagegen muß der Erwerber, wenn er nicht im Besitz der Sache ist, seinerseits beweisen, daß zur Zeit der Veräußerung (A 2) die Sache als Zubehör vorhanden gewesen ist und dem Veräußerer gehört hat. Die Auslegungsregel gilt nicht, wenn das Zubehör nicht als Nebensache des Grundstücks, sondern als selbständiger Kaufgegenstand, wenn auch in demselben Vertrage, veräußert wird, da dann nicht ohne weiteres angenommen werden kann, daß das Eigentum am Grundstück und Zubehör gleichzeitig übertragen werden soll (RG Warn 09 Nr 541). Über sinngemäße Anwendung der Auslegungsregeln der §§ 314, 926 auf den Übergang von Nebenrechten bei der Übertragung eines Patentrechts vgl. RG 112, 242.

6. Aus dem Zusammenhalt mit Abs 1 ergibt sich, daß auch im Abs 2 eine **Einigung über die Mitveräußerung** des Zubehörs (A 1) vorausgesetzt wird. Sie ist aber nach Abs 1 Satz 2 auch hier im Zweifel anzunehmen (OLG 34, 177). Erstreckt sich der Veräußerungswille nicht auf Zubehörstücke, die dem Veräußerer nicht gehören, so erlangt der Grundstückserwerber an diesen Sachen auch dann kein Eigentum, wenn er in gutem Glauben ist. Denn dieser gute Glaube macht nur den Mangel des Eigentumsrechts des Veräußerers unschädlich, deckt aber nicht den Mangel des Veräußerungswillens.

7. Der **Besitz**, der auf **Grund** der Veräußerung, also vom Veräußerer **erlangt** wird, ist der nach §§ 929 ff. zum Eigentumserwerb führende Besitz kraft körperlicher Übergabe (§ 929 Satz 1, § 854 Abs 1), Vereinbarung eines den mittelbaren Besitz des Erwerbers begründenden Rechtsverhältnisses (§§ 930, 868), Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 931, 870, 871). Es genügt

auch die Einigung (A 6) allein, wenn der Erwerber im Besitz des Zubehörstücks ist (§ 929 Satz 2, § 854 Abs 2).

8. Rechte Dritter (z. B. Nießbrauch, Pfandrecht), die an einem Zubehörstück bestehen, erlöschen (vorausgesetzt, daß der Erwerber hinsichtlich ihres Nichtbestehens in gutem Glauben ist) gemäß § 936 Abs 1, wenn das Zubehörstück nicht Eigentum des Veräußerers ist, in dem Zeitpunkt, in dem der Grundstückserwerber gemäß Abs 2 in Verbindung mit §§ 932 bis 934 das Eigentum an dem Zubehörstück erwirbt (A 9). Gehört das Zubehörstück dem Veräußerer und geht es daher nach Abs 1 im Zweifel kraft Auflassung und Eintragung ohne Übergabe (A 1, 5) in das Eigentum des Erwerbers über, so ist aus Abs 2, der die Erlangung des Besitzes zur Voraussetzung für die Anwendung des § 936 macht, in Verbindung mit § 936 Abs 1 Satz 1 (die Sätze 2, 3 kommen hier nicht in Betracht, weil Eigentum ohne Übergabe erworben wird) zu entnehmen, daß die Rechte Dritter in dem Zeitpunkt erlöschen, in dem der Erwerber den Besitz (A 7) an dem Zubehörstück erlangt.

9. Der Grundstückserwerber erwirbt also an Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören, das Eigentum nicht, wenn er **zur Zeit der Besitzerlangung** nicht **in gutem Glauben** (§ 932 Abs 2) ist. Auf den guten Glauben zur Zeit der Auflassung kommt es in der Regel nicht an. Ist aber der Erwerber im Besitz der Sache und hatte er den Besitz vom Veräußerer (früher) erlangt, so erwirbt er das Eigentum an der Sache gemäß § 929 Satz 2, § 932 Abs 1 Satz 2, wenn er zur Zeit der Einigung über den Eigentumsübergang, also im Zweifel zur Zeit der Auflassung (A 6), in gutem Glauben ist (Prot 3, 210). In den Fällen des Ersatzes der Übergabe gemäß §§ 930, 931 (A 7) wird der Zeitpunkt, in dem der gute Glaube vorhanden sein muß, durch die §§ 933, 934 bestimmt. Auch für das Erlöschen der Rechte Dritter (A 8) sind diese Zeitpunkte maßgebend. Die Rechte erlöschen gemäß § 936 Abs 2, § 932 Abs 2 nicht, wenn sie dem Erwerber in diesen Zeitpunkten bekannt oder aus grober Fahrlässigkeit unbekannt sind. Ist ein dem Veräußerer nicht gehöriges Zubehörstück dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen, so wird der gute Glaube des Erwerbers nicht geschützt (§ 935).

10. Nach § 1031 findet § 926 auch auf die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück Anwendung. Über den Erwerb des Zubehörs im Falle der Zwangsversteigerung: §§ 55, 65, 90 ZVG; RG 45, 284; 49, 253; 127, 272.

§ 927

Der Eigentümer eines Grundstücks [1]) kann, wenn das Grundstück seit dreißig Jahren im Eigenbesitz [2]) eines anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden [3]). Die Besitzzeit wird in gleicher Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache [4]). Ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so ist das Aufgebotsverfahren nur zulässig, wenn er gestorben oder verschollen [5]) ist und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des Eigentümers bedurfte [6]), seit dreißig Jahren nicht erfolgt ist [7]).

Derjenige, welcher das Ausschlußurteil [8]) erwirkt hat, erlangt das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt [9]).

Ist vor der Erlassung des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer oder wegen des Eigentums eines Dritten ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen worden, so wirkt das Urteil nicht gegen den Dritten [10]).

E I 873 II 840; M 3 327 ff.; P 3 190 ff.; 6 232.

1. Gleichviel, ob das **Grundstück** ein gebuchtes oder ungebuchtes und ob der **Eigentümer** im Grundbuch eingetragen ist oder nicht. Allerdings werden im Abs 1 Satz 3 besondere Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens erfordert, wenn der Eigentümer eingetragen ist (RG 76, 358). Nicht eingetragen kann der Eigentümer z. B. sein, wenn zwar das Grundbuch für seinen Bezirk als angelegt anzusehen ist (andernfalls kommen gemäß Art 189 EG die bisherigen Gesetze, nicht § 927 zur Anwendung), das Grundstück aber aus Versehen kein Grundbuchblatt erhalten hat oder buchungsfrei ist (§ 90 GBO; Art 127 EG) oder wenn im Falle des § 928 der Fiskus sich noch nicht als Eigentümer des aufgegebenen Grundstücks hat eintragen lassen. Ist der eingetragene Eigentümer verstorben (Satz 3), so richtet sich das Aufgebotsverfahren gegen seine (nicht eingetragenen) Rechtsnachfolger (RG 76, 358). Der § 927 findet auch Anwendung auf den ideellen Anteil eines Miteigentümers, da das BGB Miteigentum nach Bruchteilen mehrfach dem Alleineigentum gleichstellt (§§ 1095, 1106, 1114). Insbesondere gilt daher auch hier das Aneignungsrecht (A 8) auf Grund des Ausschlußurteils (Prot 3, 279 ff).

2. Eigenbesitzer ist, wer das Grundstück als ihm gehörend besitzt (§ 872). Auch mittelbarer Besitz (§ 868) genügt (RG Gruch 44, 865). Ein Fall so langjährigen Eigenbesitzes ohne Eigentumserwerb wird hauptsächlich dann vorkommen können, wenn das Grundstück gekauft und übergeben, die Auflassung aber unterblieben ist, demnächst der eingetragene Eigentümer stirbt und seine Erben unbekannt sind (M 3, 329). Durch das Aufgebot soll ein Ersatz für die im Gebiet des Liegenschaftsrechts, abgesehen von dem Fall des § 900 (Tabularersitzung), unzulässige Ersitzung geschaffen werden. Jedoch ist hier ein Erwerbstitel und guter Glaube nicht erforderlich (RG Gruch 44, 865; V 416/03). Lediglich die Tatsache des 30jährigen Eigenbesitzes genügt (abgesehen von den Erfordernissen des Abs 1 Satz 3, wenn der Eigentümer eingetragen ist). Hat der bisherige Eigenbesitzer das Grundstück verkauft und dem Käufer übergeben und ist in dem Vertrage bestimmt, daß die Fälligkeit eines Teils des Kaufpreises von der Durchführung des Aufgebotsverfahrens abhängig sein soll, so ist hierin, da nur der Käufer als jetziger Eigenbesitzer zur Stellung des Aufgebotsantrags berechtigt ist (A 3), die Festsetzung der Verpflichtung des Käufers zur Durchführung des Aufgebotsverfahrens zu finden (RG Warn 1917 Nr 271).

3. Das **Aufgebotsverfahren** ist in den §§ 946—959, 977—981 ZPO geregelt (für Preußen vgl. auch § 8 PrAG.ZPO in der Fass. v. 6. 10. 99). Antragsberechtigt ist der Eigenbesitzer. Er hat die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen glaubhaft zu machen. In dem Aufgebot ist der bisherige Eigentümer aufzufordern, sein Recht spätestens im Aufgebotstermin anzumelden, widrigenfalls seine Ausschließung erfolgen werde (§§ 979—981 ZPO).

4. Für die **Berechnung der Besitzzeit** sind die §§ 938—944 maßgebend. Insbesondere wird auch die Besitzzeit eines Rechtsvorgängers angerechnet (§ 943). Die vor dem Inkrafttreten des BGB liegende Besitzzeit ist ebenfalls anzurechnen. Auch hinsichtlich dieser Besitzzeit ist guter Glaube des Eigenbesitzers oder seines Rechtsvorgängers (A 2) nicht erforderlich (RG Gruch 44, 865; V 416/03).

5. Zum Nachweise des **Todes** des eingetragenen Eigentümers genügt, daß er für tot erklärt ist (§ 18). Da nach §§ 13 ff. jemand **verschollen** sein kann, ohne daß die Voraussetzungen für seine Todeserklärung vorliegen, sind zur Annahme der Verschollenheit diese Voraussetzungen nicht zu erfordern. Vielmehr ist der Eigentümer dann verschollen, wenn von seinem Leben und Aufenthalt nichts zu vernehmen ist (str.).

6. Die Fälle, in denen eine Eintragung der **Zustimmung** des Eigentümers bedarf, ergeben sich aus den §§ 19, 20, 22 Abs 2, 27 GBO. Insbesondere gehört dazu auch die Eigentumseintragung auf Grund einer Auflassung (§ 20 GBO).

7. Innerhalb der letzten 30 Jahre bis zur Stellung des Aufgebotsantrags darf **keine Eintragung** der in A 6 erörterten Art erfolgt sein. Unerheblich ist, ob eine innerhalb dieser Zeit vorgenommene, nach ihrer Art das Aufgebotsverfahren hindernde Eintragung der Zustimmung des gegenwärtigen oder eines früheren Eigentümers bedurfte. Denn unter **Eigentümer** ist der jeweilige Eigentümer zur Zeit der hindernden Eintragung zu verstehen (str.). Wieviel Zeit seit dem Tode oder der Verschollenheit des eingetragenen Eigentümers verflossen ist, darauf kommt es nicht an.

8. Mit der Erlassung des (nach § 957 Abs 1 ZPO mit einem Rechtsmittel nicht anfechtbaren) **Ausschlußurteils** werden (sofern nicht das Urteil etwas anderes ergibt, z. B. lediglich der verschollene eingetragene Eigentümer ausgeschlossen ist: RG 76, 360; KGJ 33 A 210) die Rechte eines jeden vernichtet, der als bisheriger Eigentümer in Betracht kommt (RG 76, 359; KGJ 33 A 211). Das Grundstück wird herrenlos (RG 76, 359; JW 1913, 204[16]; KGJ 33 A 212). Diese rechtsvernichtende Wirkung erstreckt sich auch auf ein etwaiges Eigentum desjenigen, der das Aufgebot beantragt und das Ausschlußurteil erwirkt hat (RG 76, 359; JW 1925, 2503[1]). Jedoch hat er das Recht der Aneignung durch Erwirkung seiner Eintragung (M 3, 330; RG 76, 360; JW 1925, 2503[1]). Alles dies gilt aber nur, wenn das Ausschlußurteil ein vorbehaltloses ist. Hat jemand im Aufgebotsverfahren Rechte als Eigentümer angemeldet und sind ihm gemäß § 953 ZPO die Rechte in dem Urteil vorbehalten, so tritt die ausschließende Wirkung des Urteils gegen ihn nicht ein. Vielmehr muß der Vorbehalt zugunsten des Anmeldenden rechtswirksam beseitigt sein, insbesondere durch einen Verzicht des Anmeldenden auf das Recht aus dem Vorbehalt oder durch seine rechtskräftige Verurteilung zur Verzichtserklärung, ehe der Ausschließungsberechtigte sich als Eigentümer eintragen lassen kann (RG 67, 95; 76, 359; RJA 6, 145; KGJ 33 A 210). Dagegen hindert ein wegen des angeblichen Eigentums eines Dritten eingetragener Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§§ 894, 899) die Eigentumseintragung auf Grund eines vorbehaltlosen Ausschlußurteils nicht (KGJ 33 A 212; aber A 10). Die Belastungen des Grundstücks zugunsten Dritter bleiben unberührt. Sie können nach der Eintragung des Aneignungsberechtigten ebenso geltend gemacht werden wie vorher gegen den bisherigen Eigentümer. Ist derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, als Vorerbe selbst Eigentümer des Grundstücks, so fällt mit seinem Eigentum (oben) auch das Recht der Nacherben an dem Grundstück, wenn ihnen nicht auf ihre Anmeldung ihr Recht im Urteil vorbehalten ist (RG 76, 359). Das Nacherbenrecht erlangt auch dadurch nicht wieder Wirksamkeit, daß auf Grund des Urteils die Eigentumseintragung für den Vorerben erfolgt. Denn dieser Eigentumserwerb

für den Vorerben ist ein ursprünglicher, kein abgeleiteter (RG 76, 360). Aus der Ursprünglichkeit des Erwerbs folgt ferner, daß er erst von dem Zeitpunkt seiner Vollendung, also der Eintragung an, nicht aber für die Vergangenheit wirkt (RG JW 1913, 204[16]; vgl. RG 83, 148). Wenn daher der den unbekannten Eigentümern des Grundstücks bestellte Pfleger einen Rechtsstreit führt (z. B. über Entschädigungsansprüche wegen Enteignung des Grundstücks), so tritt derjenige, der sich auf Grund des Ausschlußurteils als Eigentümer hat eintragen lassen, nicht ohne weiteres als Partei in den Rechtsstreit ein. Diesen Eintritt könnte er weder damit begründen, daß er der Eigentümer sei, für den der Rechtsstreit von Anfang an geführt sei, noch damit, daß er Rechtsnachfolger der Partei im Sinne des § 265 Abs 2 ZPO sei (RG JW 1913, 204[16]).

9. Der unter Einreichung einer Ausfertigung des Ausschlußurteils beim Grundbuchamt zu stellende **Antrag auf Eintragung** ist nicht lediglich ein Verfahrensantrag im Sinne des § 13 GBO, durch den das Verfahren der Eintragung angeregt wird. Vielmehr ist darin die empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung des Willens enthalten, durch die Eintragung das Eigentum zu erwerben. Er ist daher unwiderruflich (§ 130 Abs 1, 2) und bedarf zwar nicht zur Wirksamkeit, aber zur Vornahme der Eintragung formellrechtlich nach § 30 GBO der Form des § 29 GBO (str.).

10. Gemeint ist die Eintragung des Eigentums oder eines Widerspruchs (§ 899) zugunsten eines Dritten in der **Zwischenzeit** von der Einleitung des Aufgebotsverfahrens bis zur Erlassung des Ausschlußurteils. Der Aneignungsberechtigte muß im Falle der Eintragung des Dritten als Eigentümer die nach § 891 Abs 1 für das Eigentum des Dritten streitende Vermutung im ordentlichen Prozesse widerlegen, wenn er zur Eintragung gelangen will. Dagegen hindert der Widerspruch seine Eintragung nicht; er muß aber weichen, wenn der Dritte im Prozesse sein Eigentum nachweist (M 3, 331). Ist nach Erlaß des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer eingetragen worden, so wird er durch das vorhergehende Urteil nicht betroffen (OLG 15, 354). Wenn er also beim Erwerb gutgläubig war, so ist das Aneignungsrecht ihm gegenüber ausgeschlossen.

§ 928

Das Eigentum an einem Grundstücke [1]) kann dadurch aufgegeben werden [2]), daß der Eigentümer [3]) den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt [4]) und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird [5]).

Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Bundesstaats zu, in dessen Gebiete das Grundstück liegt [6]). Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt [7]).

E I 872 II 841; M 3 324 ff.; P 3 184 ff.

1. Nach Art 127 EG, der nur die Eigentumsübertragung den Landesgesetzen vorbehält, gilt § 928 auch für buchungsfreie **Grundstücke** (§ 90 GBO). Da jedoch § 928 die Eintragung des Verzichts fordert, müssen solche Grundstücke zunächst gebucht werden. Ist das Grundbuch für den Bezirk, in dem das Grundstück liegt, noch nicht als angelegt anzusehen, so finden gemäß Art 189 EG auch für das Aufgeben die bisherigen Vorschriften Anwendung. Mit dem Grundstück werden auch dessen Bestandteile (§§ 93 ff.) aufgegeben. Ausgenommen sind die nicht wesentlichen Bestandteile, die dem Aufgebenden nicht gehören. Zubehör dagegen wird nach § 959 nur dadurch herrenlos, daß der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz daran aufgibt; eine dem § 926 gleiche Vorschrift ist hier nicht gegeben. Der Anteil eines Miteigentümers an einem Grundstück steht einem Grundstück gleich (§§ 1095, 1106, 1114). Das gilt auch für das Aufgeben des Eigentums. Dagegen findet § 928 auf Erbbaurechte und die (den Landesgesetzen vorbehaltenen) selbständigen Gerechtigkeiten (Artt 63, 68, 196 EG) keine Anwendung. Diese Rechte werden durch Verzicht nicht herrenlos und aneignungsfähig, sondern gehen in der Weise unter, daß das Eigentum am Grundstück, das sie bisher beschränkten, davon frei wird (Konsolidation): VO v. 15. 1. 19 § 11; RJA 8, 278. Hinsichtlich des Bergwerkseigentums vgl. §§ 161, 162 PrBergG.

2. Zum **Aufgeben** (Dereliktion) **eines Grundstücks** wird ein Anlaß z. B. gegeben sein, wenn das Grundstück durch Krieg oder naturgewaltige Ereignisse so entwertet ist, daß es keinen oder wenigstens nicht einen die Lasten deckenden Ertrag abwirft (M 3, 325). Die Wirkung des Aufgebens ist, daß das Grundstück herrenlos wird mit der Maßgabe, daß nur bestimmte Personen (A 6) nach dem Gesetz zur Aneignung berechtigt sind (RG 82, 74). Die Rechte Dritter am Grundstück, z. B. der Hypothekengläubiger, der Reallastberechtigten, der Vormerkungsberechtigten (KGJ 51, 195), auch die des wahren, nicht eingetragenen Eigentümers werden durch das Aufgeben nicht berührt (RG 82, 74). Wollen diese Personen in der Zwischenzeit bis zum Erwerb des Grundstücks durch den Aneignungsberechtigten ihre Rechte, die sie nun nicht mehr gegen den Aufgebenden verfolgen können (RG 89, 367), im Wege der Klage oder der Zwangsvollstreckung geltend machen, so ist auf ihren Antrag nach Maßgabe der §§ 58, 787 ZPO ein Eigentums-Ver-

treter zu bestellen, dem die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Rechtsstreit oder im Zwangsvollstreckungsverfahren obliegt (KGJ 50, 52; 51, 195; über Einleitung der Zwangsverwaltung A 7). Gegenüber der Sondervorschrift des § 787 ZPO findet die Bestimmung des § 17 ZVG, wonach die Zwangsversteigerung nur angeordnet werden darf, wenn der Schuldner als Eigentümer eingetragen ist, keine Anwendung. Wird ein durch Vormerkung gesicherter Auflassungsanspruch gegen den früheren Eigentümer nunmehr gegen den nach § 58 ZPO bestellten Vertreter dahin geltend gemacht, daß dieser zu der von dem Vormerkungsberechtigten für den Schuldner (§ 267) erteilten oder noch zu erteilenden Auflassung an einen Dritten gemäß § 888 seine Zustimmung erteile, so ist der Vertreter auch ermächtigt, die Zustimmung zu der Auflassung an den Dritten zu erteilen. Seine rechtskräftige Verurteilung zur Bewilligung der Eintragung des Eigentums des Dritten (§ 894 ZPO) ersetzt mithin die Zustimmung des (in Wirklichkeit nicht vorhandenen) Eigentümers (KGJ 51, 179). Persönliche Rechte Dritter auf Übertragung des Eigentums oder Bestellung eines dinglichen Rechts bleiben gegen den Aufgebenden bestehen, verwandeln sich aber wegen Unmöglichkeit der Erfüllung in Schadensersatzansprüche.

3. Der **Eigentümer** muß, da in dem Aufgeben eine Verfügung enthalten ist, zur Verfügung über das Grundstück berechtigt sein. Bei Ehegatten greifen also die §§ 1395, 1398, 1445 ein. Daß der Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, wird zur Wirksamkeit des Aufgebens nicht erfordert. Nach den Ordnungsvorschriften der §§ 40, 41 GBO hat er sich aber zuvor eintragen zu lassen, wenn er nicht Erbe des eingetragenen Eigentümers ist.

4. Der **Verzicht** ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das den allgemeinen Regeln für derartige Rechtsgeschäfte (z. B. hinsichtlich Geschäftsfähigkeit, Willensmängel) unterliegt. Da durch ihn das Eigentum aufgegeben werden und das Aneignungsrecht des Fiskus entstehen soll, genügt nur ein sofort und endgültig wirksamer, vorbehaltloser Verzicht. Wenn hier also auch keine Bestimmung wie im § 925 Abs 2 gegeben ist, so ist doch ein Verzicht, der unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, gleichfalls unwirksam. Das Grundbuchamt hat die Eintragung eines solchen Verzichts abzulehnen. Wenn es die Eintragung doch vornimmt, geht das Eigentum nicht unter (str.). Da der Verzicht nicht vor, sondern nur **gegenüber dem Grundbuchamt** zu erklären ist, bedarf er zur Rechtswirksamkeit keiner Form (§ 875 A 7). Nach der Ordnungsvorschrift des § 29 GBO hat aber der Grundbuchrichter die Eintragung nur bei Beobachtung der darin vorgesehenen Form vorzunehmen. Der Verzicht ist nach § 130 Abs 1, 3 mit Abgabe der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt, also schon vor der Eintragung unwiderruflich, wie ja auch ein gegenüber dem Grundbuchamt erklärter Verzicht auf ein Recht an einem Grundstück nach § 875 Abs 2 unwiderruflich ist (str.; Prot 3, 190; **RG** 82, 74). Wegen der Widerruflichkeit des Eintragungsantrags A 5.

5. Die **Eintragung** des Verzichts, das zweite Erfordernis für die Aufgabe des Eigentums, erfolgt auf formlosen Antrag (§§ 13, 30 GBO), der regelmäßig in der Verzichtserklärung enthalten sein wird. In Preußen (AVf v. 20. 11. 99 § 10 Nr 3) erfolgt ein Vermerk in Abt I Sp 3. Ein Vermerk in Abt I Sp 1, daß das Grundstück herrenlos geworden sei, ist nicht vorgeschrieben; die bisherige Eigentumseintragung ist aber rot zu unterstreichen (KGJ 51, 198). Zur Stellung des Antrags ist nur der Eigentümer berechtigt, nicht der Aneignungsberechtigte, da die Eintragung nicht im Sinne des § 13 Abs 2 GBO zu seinen Gunsten erfolgt. Der Eigentümer kann den Antrag gemäß §§ 32, 29 Abs 1 GBO zurücknehmen. Dann hat die Eintragung des Verzichts zu unterbleiben. In einem (an sich unzulässigen: A 4) Widerruf des Verzichts wird die Zurücknahme des Antrags zu finden sein; das Grundbuchamt wird daher die Eintragung zu unterlassen haben (str.). Ist aus diesem oder einem sonstigen Grunde die Eintragung des Verzichts vom Grundbuchamt nicht bewirkt worden, so ist das Eigentum an dem Grundstück nicht wirksam aufgegeben und der Eigentümer weiter zu Verfügungen über das Grundstück (z. B. zur Bestellung von Hypotheken) befugt. Das Grundbuchamt darf dann die Vollziehung solcher Verfügungen trotz des erklärten Verzichts nicht ablehnen (RJA 14, 241). Die Eintragung des Verzichts auf das Grundstückseigentum enthält und ersetzt nicht die Eintragung des Verzichts auf die Eigentümerrangbefugnis nach § 7 Abs 5 Satz 2 AufwG (**RG** HRR 1929 Nr 643).

6. Ein freies Aneignungs- (Okkupations-) Recht besteht nicht. Vielmehr haben ein **Recht zur Aneignung** nur der Fiskus und die an dessen Stelle nach Landesrecht (Art 129 EG) dazu berechtigten anderen bestimmten Personen (**RG** 82, 74). Nach Art 190 EG erstreckt sich dieses Aneignungsrecht auf alle zur Zeit der Grundbuchanlegung herrenlosen Grundstücke (**RG** 71, 67). In **RG** 137, 263 ist das Aneignungsrecht für eine in der Nordsee an der ostfriesischen Küste neu entstandene Insel anerkannt. Über Erwerb von sog. Kronland (herrenlosem Land) in den deutschen Schutzgebieten: § 925 A 1 a. E. Das Recht zur Aneignung ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen übertragbar (**RG** 82, 74; 103, 166).

7. Der **Antrag auf Eintragung** ist nicht lediglich ein Verfahrensantrag (§ 13 GBO), durch den die Eintragung angeregt wird. Er enthält vielmehr die empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung des Willens, Eigentum durch die Eintragung zu erlangen. Er ist daher nach § 130 Abs 1, 3 unwiderruflich und bedarf zwar nicht zur Wirksamkeit, wohl aber zur Vornahme der Ein-

tragung formellrechtlich nach § 30 GBO der im § 29 GBO vorgesehenen Form (JFG 8, 217). Der Fiskus erwirbt das Eigentum erst durch die Eintragung (JFG 8, 214). Hat der Aneignungsberechtigte (A 6) sein Recht auf Aneignung an einen andern übertragen (A 6), so erwirbt der neue Erwerber das Grundstückseigentum durch die auf seinen Antrag erfolgte Eintragung (RG 82, 75; 103, 166). Solange der Aneignungsberechtigte von seinem Aneignungsrecht durch Herbeiführung der Eintragung seines Eigentums noch keinen Gebrauch gemacht hat, können die Hypothekengläubiger ihr Interesse an der Bewirtschaftung und Erhaltung des herrenlos gewordenen Grundstücks durch Ausbringung der Zwangsverwaltung wahren (OLG 35, 33; über Erlangung eines vollstreckbaren Urteils und sonstige Zwangsvollstreckung A 2). Dagegen kann ein Pfleger zur Verwaltung des Grundstücks nicht bestellt werden, da der allein in Betracht kommende § 1913 sich nur über eine Personenpflegschaft verhält (RJA 14, 304; KGJ 50, 52). Der Eigentumserwerb des Aneignungsberechtigten ist zwar ein originärer, da er nicht auf einem Übertragungsakt des bisherigen Eigentümers beruht. Er nähert sich aber einem Erwerb auf Grund eines Veräußerungsgeschäfts insofern, als er erst durch einen Rechtsakt des bisherigen Eigentümers, nämlich dessen Verzicht auf das Eigentum, ermöglicht wird. Deshalb und aus Gesichtspunkten der Billigkeit, die sich namentlich aus der Unentgeltlichkeit der Aneignung ergeben, rechtfertigt sich für den Fall, daß das von der Aneignung betroffene Grundstück vermietet (oder verpachtet) ist, die entsprechende Anwendung des § 571. Wer ein Grundstück im Wege der Aneignung erwirbt, tritt also nach § 571 Abs 1 in die Rechte und Pflichten aus dem Miet- (oder Pacht-) Verhältnis ein (RG 103, 166). Wegen der Anlegung des Grundbuchblatts über ein herrenloses Grundstück für den Fiskus (in Preußen) vgl. JFG 8, 211.

Dritter Titel

Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen

I. Übertragung

§ 929

Zur Übertragung des Eigentums [1]) an einer beweglichen Sache [2]) ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber [3]) übergibt [4]) und beide darüber einig sind [5]), daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums [6]) [7]) [7a]).

E I 874 II 842; M 3 333—339; P 3 194—196, 201.

1. **Übertragung des Eigentums** ist das Rechtsgeschäft, durch das der Eigentümer einen andern an seiner Stelle zum Eigentümer macht; Übergabe und die das Einigsein herstellende Einigung sind Bestandteile dieses Rechtsgeschäfts. Da die Übertragung die Einigung voraussetzt, hat sie die Natur eines Vertrags. Da aber dieser Vertrag nicht die Begründung oder Veränderung von Schuldverhältnissen zwischen verschiedenen Personen, sondern die unmittelbaren Rechtsbeziehungen der Person zur Sache zum Gegenstand hat, sind auf ihn die Gesetzesvorschriften nicht anwendbar, die den Vertrag als Mittel zur Begründung von Schuldverhältnissen regeln. Dies gilt in erster Linie von allen Vorschriften über den Vertrag, die sich im zweiten Buche des BGB finden, aber auch von den im ersten Buch, dritter Abschnitt, dritter Titel, enthaltenen soweit, als sie ihrem Inhalte nach für Schuldverhältnisse bestimmt sind (RG 66, 97). Durch Vertrag zugunsten eines Dritten (§§ 328ff.) kann Eigentum also nicht übertragen werden (RG 98, 283; nicht unbedenklich deshalb insoweit RG 28. 1. 28 I 158/27, wo Vollzug einer Schenkung nach § 931 durch Vertrag zugunsten eines Dritten angenommen wird). Mit Recht betont aber RG 124, 221 wiederum, daß ein Vertrag zugunsten eines Dritten grundsätzlich keine sachenrechtliche Bedeutung hat. Im übrigen finden die Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge auch auf die Eigentumsübertragung Anwendung. So insbesondere die Vorschriften über Bedingung und Zeitbestimmung (RG Warn 1912 Nr 80). Die im § 925 Abs 2 enthaltene Beschränkung — keine Auflassung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung — besteht für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen nicht. Der wesentlichste Fall der bedingten — und zwar aufschiebend bedingten — Übertragung des Eigentums ist der der Übergabe der verkauften Sache unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises nach § 455. Der Wille des Verkäufers, das Eigentum der Sache auf den Käufer zu übertragen, muß in solchen Fällen noch vorhanden sein, wenn der letzte Kaufgelderrest bezahlt wird und damit die Bedingung eintritt. Bis dahin hat der Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt. Deshalb ist nach erfolgter Übergabe der Anspruch auf Übereignung noch selbständig abtretbar und der neue Gläubiger kann das Eigen-

tum unmittelbar von dem ursprünglichen Verkäufer erwerben, wenn dieser von der Abtretung des Übereignungsanspruchs benachrichtigt wird und mindestens durch Stillschweigen zum Ausdruck bringt, daß er mit dem unmittelbaren Übergang des Eigentums auf den neuen Erwerber einverstanden ist und wenn dieser sich bei der Zahlung der letzten Rate im — auch nur mittelbaren — Besitz der Sache befindet (§ 929 S. 2). Andernfalls geht das Eigentum trotz der Abtretung auf den ursprünglichen Käufer über. Dieser kann es dann gegebenenfalls durch ein „Insichgeschäft" auf den neuen Erwerber übertragen. Die Sache kann dabei allerdings in der Hand des ursprünglichen Käufers als Zubehör eines Grundstücks für eine Hypothek haftbar werden (RG 64, 204 u. 334; 66, 344; 95, 105; 133, 40; 140, 223ff.). — Auflösend bedingt ist die Eigentumsübertragung häufig bei Sicherungsübereignungen. Die Übertragung des Eigentums erfolgt in der Regel zur Erfüllung einer Verpflichtung. Eine solche Verpflichtung ist aber nicht notwendige Voraussetzung der Übertragung. Die Rechtswirksamkeit der Übertragung ist von dem Bestehen der Verpflichtung unabhängig (RG 19. 4. 17 IV 34/17). Den Beteiligten steht indessen frei, das Bestehen der Verpflichtung zur Bedingung der Wirksamkeit der Übertragung zu machen. Ob sie es getan haben, ist Tatfrage im einzelnen Falle (RG 54, 340; 28. 12. 06 VII 111/06). Auch die Verbotswidrigkeit oder Unsittlichkeit des Grundgeschäfts macht die dingliche Eigentumsübertragung regelmäßig nicht nichtig (RG 63, 184; 68, 100; 75, 74; RGSt JW 07, 548[1]). Eine Ausnahme gilt nach § 138 Abs 2 für die Erfüllung wucherlicher Grundgeschäfte (RG 57, 95; 63, 184, 95, 244; 109, 202), denn hier ist auch das Sichgewährenlassen der Vermögensvorteile für nichtig erklärt worden. Eine zweite Ausnahme ist gegeben, wenn jemand sein gesamtes Vermögen in den Formen des § 930 einem andern überträgt, sein Geschäft aber unter dem Schein der Kreditwürdigkeit, also unter Täuschung Dritter, fortführen soll und sich dabei in vollständiger geschäftlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit von dem andern befindet („geknebelt" ist); im einzelnen Falle kann das eine oder das andere der beiden Momente mehr in den Vordergrund treten (RG 82, 313; 85, 344; 109, 202; Warn 1913 Nr 129; 17. 2. 27 IV 522/26; 5. 4. 27 VI 596/26).

2. Bewegliche Sachen. Vgl. §§ 90, 91. Nach § 929 können stets nur bestimmte einzelne Sachen übertragen werden, nur sie können Gegenstand des mittelbaren oder unmittelbaren Besitzes sein (RG 52, 385; 103, 153; Warn 1928 Nr 11; Gruch 51, 616). Bloße Bestimmbarkeit genügt nicht (RG 113, 62; LZ 1917, 867). Maßgebend ist aber der Zeitpunkt der Übertragung, spätere Ereignisse bleiben außer Betracht (RG 132, 188, insoweit gegen 113, 61; 2. 2. 34 VII 280/33). Sachgesamtheiten als solche oder Teile davon, z. B. für 2000 M. seidene Bänder von einem größeren Lager (RG Gruch 58, 1029) können nach § 929 nicht übertragen werden, denn Gegenstand des Besitz- und Eigentumserwerbs sind auch bei einem Inbegriff nur die körperlichen Gegenstände, nicht deren Werte (RG 16. 2. 26 VI 495/25); vgl. § 930 A 3. Der ausgesprochene Grundsatz gilt auch für den Fall des § 419 (Vermögensübernahme). Doch kann die Einigung über die Eigentumsübertragung auch für eine Mehrzahl von Sachen zugleich und einheitlich erfolgen und es bedarf nicht für jedes einzelne Stück einer Gesamtheit einer besonderen Übergabetätigkeit. Durch die Übertragung des Eigentums an dem Stammpapier wird nicht auch das Eigentum an dem — nicht mitübergebenen — Gewinnanteilscheinbogen, einem selbständigen Inhaberpapier, übertragen. Dies muß besonders geschehen (RG 77, 333). Umgekehrt überträgt auch die Aushändigung des Gewinnanteilscheinbogens oder des Zinserneuerungsscheines, eines bloßen Ausweispapiers, nicht das Eigentum an dem Stammpapier (RG LZ 1916, 1007). Wegen der Zuckerausfuhrscheine als selbständiger unter §§ 929ff. fallender Sachen vgl. § 952 A 4. An den nicht wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks wird das Eigentum nach §§ 929ff. erworben (RG JW 1928, 561[9]).

3. Der Eigentümer dem Erwerber. Übertragung des Eigentums ist begrifflich nur durch den möglich, der selbst Eigentümer ist. Dem steht nicht entgegen, daß nach §§ 932—934 unter besonderen Umständen das Eigentum auch aus der Hand des Nichteigentümers erworben werden kann; denn hierbei handelt es sich nur um eine Ausnahme aus Verkehrsrücksichten. Der Eigentümer kann die Übergabe entweder selbst bewirken oder durch einen Besitzdiener oder auch durch den unmittelbaren Besitzer vornehmen lassen. In letzterem Falle kommt es nicht einmal darauf an, daß der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist; es genügt, wenn der unmittelbare Besitzer auf sein Geheiß die Übergabe vollzieht. Auch auf der Seite des Erwerbers können dritte Personen mitwirken, doch ist dabei zu beachten, daß es eine eigentliche Stellvertretung im Besitz nicht gibt und nicht geben kann, weil dieser ein tatsächliches Verhältnis ist (vgl. A 5 zu § 854 u. A 1 a zu § 930). Der dritte Empfänger der Sache macht den Erwerber also nur dann zum Besitzer, wenn er ihn kraft eines von ihnen vereinbarten und unter § 868 fallenden Rechtsverhältnisses zum mittelbaren Besitzer oder kraft eines Besitzdienerverhältnisses (§ 855) zum unmittelbaren Besitzer macht (RG 137, 25). Wird die Sache vom Eigentümer an den Dritten ausgehändigt, bevor dieser mit dem Erwerber das Verhältnis nach § 868 vereinbart hat, so kann er dieses Verhältnis häufig durch einen Vertrag „in sich" begründen, § 181 (RG 100, 192; RGSt 54, 187; LZ 1921, 723[7]). Auch dieses Insichgeschäft muß aber, wie jedes, nach außen irgendwie in Erscheinung treten (RG 139, 117).

Der Übertragende muß im Augenblick der Übergabe Eigentümer sein. Ist er es noch nicht,

so kann er zu dieser Zeit das Eigentum nicht übertragen. Überträgt er, bevor er Eigentümer ist, den Besitz und sind beide Teile einig, daß der neue Besitzer Eigentümer werden soll, so geht zwar nicht auf Grund der Übergabe, wohl aber auf Grund des Besitzes und der Einigung, also gemäß § 929 Satz 2, das Eigentum in dem Augenblick, in dem es der Übertragende erlangt, und von diesem auf den Erwerber über.

4. Übergabe ist die Einräumung der tatsächlichen Gewalt über die Sache im Sinne des § 854 (RG 53, 220), also regelmäßig eine Bewegung im Raume und damit eine körperliche Handlung, die wohl beurkundet werden kann, sich aber außerhalb jeder Urkunde vollzieht (RG 109, 203). Sie besteht in der Übertragung des unmittelbaren Besitzes (RG 137, 25) und es ist für die Übergabe unerläßlich, daß ein Wechsel in der Person des unmittelbaren Besitzers eintritt. Allerdings braucht nicht gerade der Veräußerer der unmittelbare Besitzer gewesen und der Erwerber dies geworden zu sein, vgl. A 3. Nicht genügend ist also, daß der Erwerber vom Veräußerer mittelbaren Besitz erwirbt, sei es durch Übertragung schon bestehenden mittelbaren Besitzes nach § 870, wobei also die Person des unmittelbaren Besitzers unverändert bliebe, sei es durch Begründen eines Besitzmittlerverhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerber, wobei also dem Veräußerer der unmittelbare Besitz verbliebe. In diesen Fällen handelt es sich nicht um Übergabe, sondern um Übergabeersatz, sie werden in den §§ 931 u. 930 behandelt. Keine Übergabe ist deshalb auch ein Vorgang, wie er in A 1 zu § 870 geschildert ist und in dem dort nicht einmal eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gefunden werden konnte. Wenn in der schon mehrfach angezogenen Entscheidung (RG 137 S. 23ff.) auf S. 26f. das Vereinbaren eines Besitzmittlerverhältnisses als Übergabe bezeichnet ist, so liegt darin ein dem sonstigen Inhalt der Entscheidung widersprechendes Vergreifen im Ausdruck. Gefragt war, wann wohl der Erwerber den Besitz im Sinne von § 934 erlangt habe, und geantwortet sollte werden, daß dazu das Erlangen mittelbaren Besitzes genüge. So auch die im weiteren Verlauf angezogenen Entscheidungen RG 89, 348; 135, 75. Um den Begriff der Übergabe handelte es sich gar nicht. — Wohl aber ist eine Übergabe anzuerkennen, wenn der Veräußerer der Sache Besitzdiener des Erwerbers wird, denn damit ist der unmittelbare Besitz vom Veräußerer auf den Erwerber übergegangen. Das ist unter Umständen sogar möglich, ohne daß eine Bewegung im Raume stattgefunden hätte, z. B. wenn ein bisher selbständiger Kaufmann mit seiner Ware als Angestellter des Erwerbers in seinem bisherigen Laden verbleibt. — Wann die tatsächliche Übergabe wirklich vollzogen ist, kann immer nur auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Jede Möglichkeit einer Verfügung durch Dritte braucht nicht ausgeschlossen zu sein (RG 106, 135), eine verzollte Kiste kann zurückgegeben sein, auch wenn sie vorläufig noch im Abfertigungsraum verbleibt (RG 26. 5. 11 III 408/10). Das bloße Einfüllen der Ware in Gefäße, welche der Käufer für die Beförderung geschickt hat, genügt natürlich nicht (RG 97, 252). Wer die tatsächliche Gewalt selbst nicht besitzt, kann sie nicht einräumen. Ein gesunkenes Seeschiff kann nach § 929 nicht übereignet werden (übrigens auch nicht nach § 930 oder § 931 oder durch bloßen Vertrag nach § 474 HGB), Recht 1918 Nr 1536. Wo aber unter besonderen Umständen die tatsächliche Gewalt auch an versunkenen Sachen noch fortbesteht, wie an dem in A 3 zu § 856 erwähnten Ankergeschirr, ist auch eine Übergabe möglich. Eine nur einstweilige körperliche Hingabe oder eine Hingabe nur zu vorübergehender Benutzung genügt nicht (RG 75, 221; 24. 4. 15 V 522/14; vgl. RG 92, 265). — Die Übergabe ist Willensbetätigung, sie erfordert den Willen des Veräußerers, den Erwerber in die Lage zu versetzen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben — sonst würde bei dem Erwerber verbotene Eigenmacht vorliegen (RG 137, 25) — und weiter den Erfolg, daß der Erwerber auch wirklich in diese Lage kommt (RG JW 1912, 129²; RG 72, 312). Danach kann die Übergabe in der mannigfachsten Art geschehen. Ausgeschlossen ist aber eine sog. „symbolische" Übergabe (RG 77, 201), denn es handelt sich nicht um das Einräumen einer rechtlichen Befugnis, sondern um das der tatsächlichen Gewalt (RG 74, 356). Anschlagen mit dem Holzhammer an lagerndes Holz, wie es im Holzhandel noch vielfach üblich ist, reicht nicht aus (ObGer Danzig JW 1932, 67¹). Das Überlassen der Schlüssel zu dem Aufbewahrungsraum genügt zur Übergabe der Sachen nur, wenn der Erwerber mit den Schlüsseln wirklich die Herrschaft über den Raum und die darin befindlichen Sachen erlangt (RG 66, 258; 103, 100; Gruch 48, 955; 11. 6. 26 VI 68/26). Hat die Tür kein Schloß oder schließt es nicht oder öffnen die Schlüssel nicht sämtliche Schlösser, so ist die Übergabe nicht vollzogen. Sie ist es aber, wenn z. B. A dem B den Schlüssel zu der Tür des Aufbewahrungsraums übergibt und B im Einverständnis mit A einen zweiten unverschließbaren Zugang vernagelt (RG JW 1904, 114¹²). Heimliches Zurückbehalten anderer, ebenfalls passender Schlüssel steht der Übergabe und ihrer Wirksamkeit aber nicht entgegen (RG 103, 100). Der spätere Verlust des Besitzes durch Weggabe der Schlüssel hebt das einmal begründete Eigentum nicht auf (RG 11. 6. 26 VI 68/26). — Hat ein Raum zwei Zugänge und behält A die Schlüssel zu dem einen Zugange und übergibt dem B, der dieses weiß, die Schlüssel zu dem andern Zugang, so erlangen A und B Mitbesitz an dem Raum. Die von A und B in den Raum eingebrachten Sachen können dabei, wenn das ihrem Willen entspricht, in ihrem Alleinbesitz bleiben (RG 8. 1. 24 VII 597/23). Vgl. auch A 5 zu § 1205.

Bei dem Erwerber muß unter allen Umständen der Wille vorhanden sein, das Eigentum

zu erwerben. Fehlt dieser Wille, so geht das Eigentum nicht über (RG HansRuGZ 31 B 643). Gegen den Willen des Erwerbers ist das erst recht nicht möglich. Wegen der Erklärung des Willens vgl. A 5 Abs 2. Eine Übernahmetätigkeit des Erwerbers ist allerdings nicht immer erforderlich. Ein einfaches Niederlegen oder Zurücklassen der Sache bei dem Erwerber genügt aber nur, wenn eine solche Art der Übergabe wenigstens hilfsweise im Sinne der Vereinbarung liegt (RG 7. 12. 13 III 37/21). Regelmäßig wird die Sache von Hand zu Hand übergeben werden, es kann sich der Veräußerer aber auch darauf beschränken, dem Erwerber den Zugriff zu gestatten. Dann wird die Übergabe mit dem Ergreifen der Sache durch den Erwerber vollendet. Das muß äußerlich erkennbar sein (RG Warn 1919 Nr 12), denn die äußere Erkennbarkeit bildet bei jedem dinglichen Herrschaftsverhältnis das allgemeine kennzeichnende Merkmal (RG 77, 201).

Eine Übergabe im Sinne des § 929 findet auch bei den Verkaufsautomaten und ähnlichen Einrichtungen statt. Setzt der Unternehmer den Automaten mit der dazugehörigen Inschrift in Betrieb, so erlaubt er dem Einwerfer des verlangten Geldes die Wegnahme der Sache und der Zahler erlangt durch das Wegnehmen der herausgefallenen Sache den Besitz; umgekehrt kommt das eingeworfene Geld mit dem Willen des Einwerfers in die tatsächliche Gewalt des Unternehmers (vgl. RGSt 44, 114).

Die bloße Einräumung des Mitbesitzes steht der Übergabe nicht gleich und genügt nicht, um Alleineigentum oder Miteigentum zu übertragen. Dagegen reicht sie aus, um Miteigentum zu begründen, vgl. A 5 B b zu § 1008. Andere Fälle, in welchen schon die Einräumung des Mitbesitzes rechtserheblich ist, sind in den §§ 1081 und 1206 geregelt (RG LZ 1918, 498[7]). Das Gesagte betrifft aber nur den Mitbesitz zwischen Veräußerer und Erwerber. Übergabe zu Mitbesitz an den Erwerber und einen Dritten genügt, wenn sie auf Wunsch des Erwerbers vorgenommen wird, etwa weil er mit Erwerb des Eigentums dem Dritten sogleich ein Pfandrecht an der Sache bestellen will, § 1206.

5. einig sind. Nicht die Einigung wird hier erfordert, sondern das Einigsein (RG 109, 203), der Zustand, der sich aus der Einigung ergibt. Der Unterschied ist in dem Regelfalle der Gleichzeitigkeit von Einigung und Übergabe ohne Bedeutung, kann aber von wesentlicher Bedeutung dann werden, wenn die Übergabe, wie bei der Übersendung, der Einigung erst folgt. Hier tritt neben die Frage: „Ist die Einigung erfolgt?" die weitere Frage: „Waren die Beteiligten auch im Augenblicke der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Erwerber noch einig?" Diese Frage ist um deswillen nötig, weil bei der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen das Gesetz davon absieht, den Beteiligten die Möglichkeit einer Bindung an die Einigung zu eröffnen (vgl. § 873 Abs 2). Eine solche Bindung ergibt sich auch nicht daraus, daß das Geschäft unter einer Bedingung abgeschlossen ist. Vor der Übergabe kann daher jeder Beteiligte von der Einigung wieder abgehen und dadurch den Eigentumsübergang vereiteln — unbeschadet natürlich der Frage, inwieweit er schuldrechtlich verpflichtet ist, das Eigentum zu übertragen. Für die Beantwortung der Frage, ob die Beteiligten noch einig sind, ist entscheidend, daß es sich um einen Dauerzustand handelt und daß deshalb derjenige, der sein Bestehen behauptet, nur sein Entstehen, also das Zustandekommen der Einigung, zu beweisen hat. Ist die Einigung bewiesen, so ist es Sache dessen, der das Nichtmehrbestehen des Einigseins behauptet, die Tatsache zu beweisen, durch welche es beendigt ist. Diese Tatsache kann keine rein innere sein. Es genügt nicht, daß der Beteiligte nicht mehr gewollt hat, er muß sein Nichtmehrwollen dem Gegenbeteiligten zu erkennen gegeben haben. Wie hier RG 83, 230; 135, 367. In dem ersten dieser beiden Fälle fehlte es schon an einer Einigung. Weder der Erblasser noch der Erbe waren mit dem Erwerber über den Eigentumsübergang einig geworden.

Als Bestandteil des Übertragungsgeschäfts untersteht die Einigung über die Übertragung des Eigentums den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge (vgl. A 1). Bei Willensunfähigkeit auch nur eines Vertragsteiles ist die Einigung nichtig (RG Warn 1930 Nr 161). Sie setzt nicht nur den beiderseitigen Willen, sondern die gegenseitige Willenserklärung voraus, vorbehaltlich allerdings des § 151 BGB. Deshalb ist bei der Einigung auch allgemein und auf beiden Seiten eine wirkliche Vertretung zulässig, anders als bei der Übergabe, vgl. A 3 (RG 137, 27f.). Auf die Einigung als Willenserklärung finden also die §§ 164ff. Anwendung und es ist belanglos (§ 164), ob der Vertretene dem Gegenbeteiligten bekannt ist, wenn nur das Vertretungsverhältnis erkennbar hervortritt. Darüber hinaus ist sogar anzunehmen, daß der Vertreter des Erwerbers doch in der Regel für diesen erwirbt, auch wenn das Vertretungsverhältnis dem Veräußerer gegenüber nicht hervortritt (RG 3. 2. 03 III 347/02). Denn meist wird bei der Übertragung beweglicher Sachen, insbesondere bei der Übertragung zufolge Kaufes, der Zug um Zug erfüllt wird, der Veräußerer kein Gewicht darauf legen, wer der Eigentümer wird und er wird deshalb in dem Sinne übertragen, daß nicht notwendig der ihm Gegenüberstehende, sondern derjenige Eigentümer werden soll, den es wirklich angeht, also nicht der Vertreter, sondern der Vertretene (RG 99, 208; 100, 191ff.; 109, 116; LZ 1915, 51; JW 1924, 292[3]; SeuffA 78 Nr 136; 21. 7. 29 VII 604/28; RGSt Warn 1924 Nr 158, betr. Auszahlung eines Bankschecks). Aus dem § 166 folgt weiter, daß es auf den guten Glauben des Vertreters ankommt, wenn ein solcher bei der Einigung mitwirkt und in dem entscheidenden Zeitpunkt über den Eigentumsübergang

„einig ist“ (§§ 932ff.). Die Mitwirkung dritter Personen bloß bei der Übergabe, vgl. A 3, ist insofern ohne Bedeutung, weil sie keine Stellvertretung ist. Hier bleibt es bei der Regel, daß der Erwerber gutgläubig gewesen sein muß (RG 137, 27f.). Der Wille wird beim Übertragen des Eigentums an beweglichen Sachen besonders häufig durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Wird die verkaufte Sache vom Verkäufer dem Käufer in Erfüllung des Kaufvertrags übergeben, so ist die Einigkeit regelmäßig als vorhanden anzusehen. Auf einen etwa abweichenden inneren, nicht erklärten, Willen kommt es nicht an (RG 47, 270; Warn 1927 Nr 13; 7. 12. 23 VII 107/23). Beim Versendungskauf will der Verkäufer ebenfalls Eigentum übertragen, der Käufer nimmt die Ware im Zweifel aber zunächst nur ab, um seiner Abnahmepflicht (§ 433 Abs 2) zu genügen und die Vertragsmäßigkeit der Ware zu prüfen. Das Eigentum erwirbt er erst, wenn er den Erwerbswillen kundgibt (RG 108, 27). Das kann in dem Bestätigen des Empfanges, in längerem Behalten, Einbauen, Weiterveräußern und ähnlichem gefunden werden (RG 64, 145). Auch mit der Abnahme eines Werkes im Sinne des § 640 Abs 1 hat der Eigentumsübergang grundsätzlich nichts zu tun. Unter Umständen kann das eine ein Anzeichen für das andere sein, die Abnahme kann aber vor dem Eigentumsübergang und dieser vor jener stattfinden (RG LZ 1914, 857). — Wegen besonderer Fälle der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 vgl. A 7f. und § 930 A 1 a a. E.

6. Übertragung des Eigentums an den Besitzer. Es handelt sich hier nicht um einen Übergabeersatz wie in den §§ 930, 931, sondern darum, daß die Übergabe nicht erforderlich ist, weil der Erwerber die tatsächliche Gewalt schon hat; vgl. hierzu auch A 4 zu § 854. Auch künftige Sachen, z. B. Aktien, können unter der Bedingung ihrer Entstehung nach § 929 Satz 2 übereignet werden (RG 85, 333).

Besitzer ist auch der mittelbare Besitzer (RG 103, 153; 16. 4. 26 VI 28/26 RGSt Warn 1932 Nr 148). Der Erwerb durch Einigung allein kann also auch dann erfolgen, wenn der Erwerber die zu erwerbende Sache nicht mehr selbst in Händen, sondern z. B. verliehen hat. Es bedarf in diesem Falle des Weges des § 931 nicht. Unanwendbar ist § 929 Satz 2 aber, wenn der Erwerber der mittelbare und der Veräußerer selbst der unmittelbare Besitzer ist; hier würde es an einer äußerlich in die Erscheinung tretenden Änderung der Besitz- und Eigentumsverhältnisse fehlen, die Voraussetzungen des Eigentumsüberganges würden noch geringer sein, als bei dem Besitzkonstitut nach § 930 (RG 126, 25f.). Deshalb ist auch ein nach § 825 ZPO ergehender Gerichtsbeschluß, welcher das Eigentum an der Pfandsache dem sie mittelbar besitzenden Pfändungspfandgläubiger zuspricht, für sich allein nicht genügend, das Eigentum zu übertragen, es muß noch die Übergabe durch den Gerichtsvollzieher hinzukommen (RG ebenda; vgl. auch RG 5. 6. 34 VII 2/34). Der Besitzdiener ist nach § 855 nicht Besitzer. In der Einigung des Besitzers und des Besitzdieners, daß dieser Eigentümer werden soll, liegt aber auch die weitere Einigung, daß die tatsächliche Gewalt auf ihn übergehen soll; dieser Einigung genügt nach § 854 Abs 2, um den Besitzdiener zum Besitzer zu machen, da er in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (RG LZ 1920, 695[1]; Warn 1924 Nr 104). Auf diese Weise ist es dem Besitzer möglich — außer durch Übergabe nach § 929 Satz 1 — auch nach § 929 Satz 2 Eigentum auf seinen Besitzdiener zu übertragen. Hinsichtlich der Voraussetzungen und Kennzeichen der Einigung gilt das in A 5 Gesagte. — Wiederholt ist ausgesprochen, daß die dem Bankherrn nach § 2 des Depotgesetzes erteilte Ermächtigung, über hinterlegte oder verpfändete Wertpapiere zu seinem Nutzen zu verfügen, für sich allein nicht notwendig den Übergang des Eigentums an den Bankherrn zur Folge hat (RG 58, 286; Warn 1910 Nr 167).

Auch der Mitbesitzer besitzt, gleichviel ob er unmittelbarer oder mittelbarer Mitbesitzer ist. Besitzt er nur mit einem oder mehreren Dritten zusammen, hat also der Veräußerer keinerlei Besitz an der Sache, so genügt die Einigung des Veräußerers und des Mitbesitzers, um den Eigentumsübergang nach § 929 Satz 2 herbeizuführen. Gehört dagegen der Veräußerer ebenfalls zu den Mitbesitzern, so genügt die bloße Einigung nicht. Der Veräußerer muß in diesem Falle noch seinen eigenen Mitbesitz auf den Erwerber übertragen, sei es durch Übergabe nach § 929 Satz 1, sei es durch Übergabeersatz nach §§ 930, 931. Nicht unbedenklich deshalb RG LZ 1915, 51. Wegen des Miteigentums vgl. oben A 4 letzter Absatz und unten A 7f., wo auch die Anwendung von § 929 Satz 2 auf einen besonderen Fall des Miteigentums erörtert wird.

7. Besondere Fälle. Wer mit dem Gelde eines andern Sachen in der Absicht anschafft, sie für sich selbst zu erwerben, und sie übergeben erhält, wird Eigentümer; der andere hat gegebenenfalls schuldrechtliche Ansprüche (RG LZ 1920, 695[1]). Wer im Auftrage eines andern fremdes Geld bei einer Bank in deutsches umwechselt, um es für den andern zu erwerben, erwirbt es für diesen; ein Auftragsverhältnis fällt unter § 868; spätere Aneignung ist also Unterschlagung (RGSt LZ 1921, 723[7]). Anders bei Grundstücken. Wer als stiller Stellvertreter ein Grundstück aufgelassen erhält und als Eigentümer eingetragen wird, ist selbst Eigentümer geworden, und zwar, da es nur ein Eigentum gibt, auch dem Vertretenen gegenüber. Ob dieser einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung hat, ist Tatfrage des einzelnen Falles (RG LZ 1922, 24[7]). Ein Aussonderungsrecht im Konkurse des stillen Vertreters, der selbst Eigentümer geworden ist, steht dem Vertretenen auch dann nicht zu, wenn er den Übereignungsanspruch hat (RG 25. 5. 21 V 37/21). — Bei **Versendungsverkäufen** beginnt die Übergabe mit der Aushändigung der Ware an den Fracht-

führer zum Zweck der Übermittlung an den Käufer, wegen ihrer Vollendung vgl. A 5. Ist eine besondere „Abnahme", z. B. das gemeinschaftliche Probieren der gelieferten Maschine, vorgesehen, so hat dies mit der Übergabe an sich nichts zu tun (RG 21. 3. 22 VII 287/21). Fälle, in denen der die Ware entgegennehmende Spediteur gleichzeitig Bevollmächtigter des Käufers ist, werden selten sein. Ist ein solcher Fall gegeben, dann kann Eigentum schon mit der Übergabe der Ware an den Spediteur übergehen. Die Klausel aber: „die Ware geht mit der Ausstellung der Faktura in Ihren Besitz über" ist bedeutungslos (RG 102, 41). — § 447 betrifft nur die Transportgefahr. Ware, die auf Grund von Kriegsverordnungen unterwegs beschlagnahmt wurde, war regelmäßig Ware des Verkäufers, ihn traf die Beschlagnahme, er hatte noch nicht erfüllt und konnte wegen eingetretener Unmöglichkeit auch nicht mehr erfüllen (RG 92, 34; LZ 1920 S. 687[1], 701[6]).

7a. Auch das **Miteigentum** ist Eigentum. Das Miteigentum an einer beweglichen Sache wird daher in derselben Weise übertragen wie das Alleineigentum, doch genügt es zu seiner Begründung, wenn der Veräußerer dem Erwerber den Mitbesitz einräumt, vgl. oben A 4 letzter Absatz und die A 2 und 5 B b zu § 1008. Im Verkehr mit Wertpapieren spielt das Miteigentum neuerdings eine große Rolle durch das **Effektengirodepot**, vgl. darüber § 948 A 3, § 700 A 6. Die Verschaffung von Miteigentum an den im Sammeldepot liegenden Stücken genügt regelmäßig als Erfüllung eines auf Übereignung von Wertpapieren abzielenden Vertrages (RG 139, 116). In die Verfügung über die Miteigentumsanteile kommt eine gewisse Besonderheit dadurch, daß der Kontoinhaber über den ihm gutgeschriebenen Anteil nur mittels ordnungsmäßig ausgestellter Effektenschecks verfügen kann, § 13 Abs 1 GeschO. Bei der Ausstellung der gewöhnlichen weißen Schecks, § 14 Abs 1 a. a. O., beauftragt er die Bank, eine bestimmte Anzahl von Stücken an den Erwerber auszuhändigen, welcher auch der Überbringer des Schecks sein kann. Er macht also von seinen aus § 419 Abs 2 HGB abzuleitenden und auch durch § 14 Abs 1 a. a. O. gewährleisteten Recht Gebrauch, Aushändigung einer seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Zahl von Stücken zu verlangen. Das Eigentum geht auf den Erwerber erst mit der Aushändigung über. Es ist das ein Fall der Übereignung nach § 929 Satz 1, in welchem nicht der Veräußerer die Übergabe vornimmt, sondern der — von ihm verschiedene — unmittelbare Besitzer, vgl. oben A 3. Wer als Erwerber die Empfangnahme der Stücke verzögert, tut das auf eigene Gefahr. Geht noch vorher der Veräußerer in Konkurs, so steht ihm ein Aussonderungsrecht nicht zu. — Bei der Ausstellung eines roten Schecks, § 15 GeschO, beauftragt der Kontoinhaber die Bank, dem Erwerber, der aber selbst Kontoinhaber sein muß, einen bestimmten Miteigentumsanteil gutzuschreiben. Darin liegt die Anweisung an die Bank, den Veräußerer in Ansehung der betreffenden Wertpapiere nicht mehr als Hinterleger anzusehen und mit dem Erwerber einen neuen Hinterlegungsvertrag abzuschließen, kraft dessen die Bank fortan die gesamten Wertpapiere der bezeichneten Gattung auch für ihn als Hinterleger verwahrt. Der Vertrag kommt in der Regel zustande durch die Nachricht von der geschehenen Umschreibung, welche die Bank dem Erwerber sendet, und seine, meist wohl stillschweigende, Annahme. Der Erwerber ist dadurch mittelbarer Mitbesitzer der gesamten Wertpapiere geworden und bei fortdauerndem, durch die Einigung begründeten, Einigsein von Veräußerer und Erwerber über den Eigentumsübergang geht damit auch das Miteigentum auf den Erwerber über. Hat der Veräußerer über seinen ganzen Miteigentumsanteil verfügt, so ist der Erwerber nur Mitbesitzer neben den übrigen Miteigentümern, im Verhältnis zu dem Veräußerer also Alleinbesitzer geworden. Hat der Veräußerer nur über einen Teil seines Miteigentumsanteils verfügt, so ist der Erwerber auch im Verhältnis zu ihm Mitbesitzer geworden. Der Erwerb des Miteigentums wird aber dadurch nicht beeinträchtigt, da der Erwerber in diesem Falle Miteigentümer auch neben dem Veräußerer werden soll, es sich also um die Begründung von Miteigentum handelt, vgl. oben A 4 letzter Absatz und den Eingang zu dieser A. Bei der Ausstellung des roten Schecks wird der dritte der in A 1 zu § 870 und A 2 zu § 931 erwähnten Wege benutzt, auf welchem der mittelbare Besitzer sein Eigentum übertragen kann. Es geschieht das auf Grund des § 929 Satz 2. Eine Übergabe im Sinne von Satz 1 das. liegt nicht vor, weil der unmittelbare Besitzer nicht gewechselt hat, vgl. oben A 4, es ist nicht einmal der mittelbare Besitz übertragen, vgl. § 870 A 1. Wegen der Frage des etwaigen Erwerbes kraft guten Glaubens vgl. § 934 A 3. — Bei der Ausstellung eines „nur zur Verrechnung" gestellten weißen Schecks, § 14 Abs 2 GeschO, wird die Bank beauftragt, den Miteigentumsanteil einem andern Kontoinhaber gutzuschreiben, dem im Scheck benannten Erwerber des Anteils oder dem Überbringer des Schecks. Die Sache liegt dann im übrigen so, wie bei der Ausstellung eines roten Schecks. — Darüber, daß eine Übereignung der Miteigentumsanteile auch nach § 931 — A 6 zu § 700 in voriger Auflage — an sich möglich wäre, aber tatsächlich nicht vorgesehen ist, vgl. A 6 a zu § 931. Die Verpfändung wird durch grüne Schecks bewirkt, vgl. A 10 zu § 1205.

§ 930

[1]) Ist der Eigentümer im Besitze [2]) der Sache [3]), so kann die Übergabe dadurch ersetzt [4]) werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhält-

nis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt[5]) [6]).

E I 805, 874 II 843; M 3 97—99, 335, 336; P 3 196—201.

1. Übertragung des Eigentums ohne Aufgeben des Besitzes — constitutum possessorium. Das BGB schränkt diese Art der Eigentumsübertragung ein. Vgl. hierzu die Bemerkungen zu § 868, namentlich A 3 das.

a) Nicht zugelassen ist Eigentumsübertragung mit einfachem — leerem — Besitzvorbehalt, das sog. „abstrakte Konstitut". Die Übergabe kann nicht dadurch allein ersetzt werden, daß der Eigentümer mit dem Erwerber vereinbart, den Besitz zu behalten, selbst dann nicht, wenn es in dem Sinne geschieht, daß er von nun an für den Erwerber besitzen will. Das Gesetz geht augenscheinlich davon aus (vgl. A 3 Abs 1 zu § 929), daß, wer für den Erwerber besitzt, ohne ihn zum mittelbaren Besitzer zu machen (§ 868), in Wirklichkeit statt des Erwerbers besitzt, und läßt grundsätzlich einen solchen Eigentumserwerb nicht zu (RG 49, 170; 54, 396; 98, 133; Warn 1910 Nr 404; JW 1913, 492[14]; 2. 3. 15 VII 479/14, aber Begründung des Rechtsverhältnisses in mündlicher Nebenabrede genügt). Die zeitliche Beschränkung des abstrakten Konstituts vermag sein Wesen nicht zu verändern (RG Warn 1925 Nr 166; JW 1927, 669[14]). Man hat gemeint, daß bei dem sog. abstrakten Konstitut der Erwerber als Treugeber, der Veräußerer als Treuhänder anzusehen und daß dieses Rechtsverhältnis somit tatsächlich nicht abstrakt sei; indessen zum Treuhandverhältnis gehört, daß der Treugeber aus seinem Vermögen dem Treuhänder einen Gegenstand derart übereignet, daß der Treuhänder das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll (RG 84, 217; 133, 87; 28. 9. 28 VII 93/28). Es entsteht also kein Treuhandverhältnis, wenn jemand einen Gegenstand für Rechnung und im Interesse eines andern als stiller Stellvertreter für diesen von einem Dritten erwirbt und nur schuldrechtlich zur Übereignung verpflichtet ist (RG 91, 16; 127, 344; 133, 87; a. M. RFH nach Dorn bei Gruch 72, 339). Danach kommt als Treugeber beim abstrakten Konstitut immer nur der Veräußerer und als Treuhänder immer nur der Erwerber in Betracht, nicht umgekehrt (RG JW 1927, 669[14]). Allerdings überläßt der Erwerber des Eigentums dem Veräußerer wieder den Besitz der Sache, aber dadurch allein — und hierin äußert sich der entscheidende Fehler des abstrakten Konstituts — entsteht auch kein Treuhandverhältnis. Kraft des wirklich entstehenden Treuhandverhältnisses wird der Erwerber nicht mittelbarer, er könnte daraufhin höchstens unmittelbarer Besitzer der Sache werden. Somit versagt das abstrakte Konstitut gegenüber dem § 930. Das trifft auch zu, wenn an einer verkauften und ohne Eigentumsvorbehalt übergebenen Sache nachträglich zur Sicherung des Kaufpreises noch das Eigentum vorbehalten werden soll. Auf dem Wege der Sicherungsübereignung mit „konkretem Besitzkonstitut" (vgl. b) ist der Zweck zu erreichen. Das Verbot des einfachen Besitzvorbehalts trifft dagegen nicht die Fälle, in denen der Eigentümer zu dem Erwerber in ein Verhältnis der im § 855 bezeichneten Art tritt und über die Sache, die er bisher als Eigentümer besaß, nunmehr in der Eigenschaft eines Angestellten des Erwerbers oder in ähnlicher Stellung als Besitzdiener die tatsächliche Gewalt für den Erwerber ausübt. In diesen Fällen findet in Wirklichkeit Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 statt. Denn in diesen Fällen hört der bisherige Eigentümer auf zu besitzen, und der neue Erwerber besitzt unmittelbar. So insbesondere dann, wenn ein Kaufmann sein Warenlager und seine Geschäftseinrichtung an einen andern Kaufmann veräußert, dieser daraus ein Zweiggeschäft bildet und den bisherigen Eigentümer als Geschäftsführer darin anstellt. Nimmt der Veräußerer die Übertragung des Eigentums auf solche Art zulässigerweise (§ 181) „in sich" vor, so ist außer dem entsprechenden Willen noch eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung erforderlich (RG 99, 210), von der das A 2 a. E. Gesagte gilt.

b) Zugelassen ist das „konkrete Konstitut", d. h. die Eigentumsübertragung unter Vorbehalt des unmittelbaren Besitzes, wenn gleichzeitig ein Rechtsverhältnis geschaffen wird, durch das der Erwerber den mittelbaren Besitz erhält. Dieses Rechtsverhältnis muß einem bestimmten, im Gesetz geregelten Rechtsverhältnis entsprechen oder ihm wenigstens ähnlich sein. Es gibt keinen mittelbaren Besitz als Folge des Eigentums und keinen selbständigen mittelbaren Besitz (RG 52, 130; 63, 16; JW 07, 747[18]; Warn 09 Nr 454; 22. 10. 10 IV 188/10). Vgl. auch § 870 A 1.

c) Der Unterschied zwischen dem leeren und dem bestimmten Konstitut ist, so scharf er nach dem Gesetz auch zu ziehen ist, für die Gesetzesanwendung nicht von allzugroßer Bedeutung. Bei fast jedem ernstgemeinten Konstitut werden die tatsächlichen Verhältnisse es mit sich bringen, daß das entscheidende Rechtsverhältnis in irgendeiner Art wenigstens stillschweigend begründet wird. Das wird auch in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. A 4 u. 5). Immerhin gibt es Fälle, in denen ein nach § 868 vereinbartes Rechtsverhältnis nicht erkennbar ist, weder ein Nutzungsrecht noch eine Verwaltungspflicht, in denen vielmehr wirklich nur ein abstrakter Besitzvorbehalt vereinbart ist (RG 22/10 29 VII 128/29).

2. Besitz. Gleichviel ob unmittelbarer oder mittelbarer Besitz, Alleinbesitz oder Mitbesitz (RG SeuffA 76 Nr 135). Auch der Eigentümer, der im mittelbaren Besitz der Sache ist, kann,

statt den Weg des § 931 zu wählen, ein Rechtsverhältnis vereinbaren, durch das der Erwerber weiteren mittelbaren Besitz erlangt, und so Eigentum nach § 930 übertragen (RG Warn 09 Nr 174; 1920 Nr 13 u. 163; LZ 1919, 697; JW 1926, 799[8]; 3. 1. 19 VII 282/18, auch bei Sicherungsübereignung). Der Eigentümer braucht dabei weder den unmittelbaren Besitzer zu nennen, noch ihn von der Eigentumsübertragung zu benachrichtigen (RG 4. 5. 17 VII 23/17). Ist der Eigentümer nur Mitbesitzer, so kann er durch das vereinbarte Rechtsverhältnis auch nur mittelbaren oder weiteren mittelbaren Mitbesitz begründen. Das reicht zum Übergang des Eigentums aus, weil der Eigentümer seinen gesamten Besitz in den Dienst des Erwerbers stellt (vgl. RG 139, 25 und § 929 A 4 a. E. und A 6 a. E.). Daß aber der Eigentümer zu der Zeit, zu der das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll, den Besitz hat, ist unerläßlich (RG 56, 52). Es steht indessen nichts im Wege, daß jemand schon, bevor er Eigentümer und Besitzer geworden ist, sich mit einem andern dahin einigt, ihm das Eigentum sofort mit der Erlangung zu übertragen und auf Grund des dazu vereinbarten Rechtsverhältnisses den Besitz sofort mit der Erlangung für ihn als mittelbaren Besitzer auszuüben (RG 109, 170). Denn der Eintritt der Wirksamkeit der Einigung und des Besitzkonstituts kann auch in die Zukunft verlegt werden (RG 56, 52; 95, 108; 140, 226; 13. 2. 34 VII 308/33; Warn 08 Nr 61; 1910 Nr 448; 1912 Nr 214; 1920 Nr 163; RG JW 07, 747[18]; 1912, 797[14]; Gruch 53, 1045 ff.). So insbesondere dann, wenn bei Übertragung von Warenlagern, Vermögensmassen, Gutsinventaren, Herden, die in der Verwaltung des früheren Eigentümers bleiben, sofort auch der Eigentumsübergang für spätere Zugänge und Anschaffungen, Nachschaffungen, Ersatzstücke bedungen wird, wie das eine überaus häufige Erscheinung des wirtschaftlichen Lebens geworden ist (RG 81, 141; JW 1911, 762[21]; Warn 1912 Nr 214; 1932 Nr 39; 24. 1. 13 VII 478/12). Allerdings muß in solchem Fall für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung gefordert werden, die den Übertragungswillen erkennbar macht (RG 52, 130 ff.; 56, 54; 63, 17 u. 405; 73, 418; 86, 264; LZ 1919, 697; Warn 1920 Nr 163). Wenn schon bei beweglichen Sachen das allgemein kennzeichnende, notwendige Merkmal des Bestandes dinglicher Rechte die äußere, in der Regel für jedermann bestehende Erkennbarkeit bildet, so genügt es hier doch, wenn der Besitzwechsel überhaupt erkennbar ist, und sei es auch nur für einen mit den Verhältnissen Vertrauten (RG JW 1912, 797[15]; 1917, 217[6]; RG 99, 210). Das wird erreicht z. B. durch die Aufnahme in ein Verzeichnis, wenn diese Form ein für allemal vereinbart ist (RG 23. 3. 15 VII 510/14), aber auch trotz dieser Vereinbarung durch das Einverleiben der Ersatzstücke in das Warenlager (RG JW 1917, 217[6]) oder auch durch das Benutzen der Ersatzstücke im Gewerbebetriebe (RG LZ 1916, 383). Häufig wird auch geradezu vereinbart, daß mit dem Einbringen der neuen Ware in das Warenlager oder mit ihrem Verbringen in bestimmte Räume das Eigentum übergehen soll; auch das genügt (RG Warn 1929 Nr 150; 1932 Nr 1; 14. 11. 30 VII 120/30). Auch dabei handelt es sich nur um die Ausführung des früheren Besitzkonstituts, nicht um dessen gegenwärtigen Abschluß durch Insichgeschäft (RG Warn 1932 Nr 1).

3. **Sache.** Der schon A 2 zu § 929 hervorgehobene Grundsatz, daß nur das Eigentum an bestimmten einzelnen Sachen übertragen werden kann, daß Bestimmbarkeit nicht genügt, gilt auch für § 930 und wirkt sich gerade hier aus, da bei dem Verfahren nach § 930 häufiger Zweifel bleiben können. Ein Warenlager als solches kann unter dieser Bezeichnung übereignet werden. Werden die einzelnen Waren aufgezeichnet, so müssen sie einzeln genau bezeichnet werden, mögen sie auch tatsächlich das ganze Lager ausmachen (RG SeuffA 71 Nr 254). Ebenso können Waren in besonders aufgeführten Räumen übereignet werden (RG 5. 6. 11 VII 612/10; 14. 11. 11 VII 68/11). Möglich ist auch eine Einigung dahin, daß ein bestimmter Teil aus einer größeren Menge übereignet werden und der Eigentümer ihn bestimmen, ausscheiden und für den Erwerber verwahren soll. Der Eigentumsübergang findet dann mit der Ausscheidung statt (RG JW 1912, 797[15]). Nicht möglich ist es aber, aus einem größeren Bestande einen Teil zu übereignen, der nur nach Mengen oder nach Werten bezeichnet wird ohne nähere Angabe, um welche einzelnen körperlichen Gegenstände es sich handelt (RG 52, 385 ff.; 103, 153; 113, 57 ff.; Warn 1932 Nr 39 u. Nr 87; Gruch 51, 615; 58, 1030; 10. 10. 19 VII 133/19; 16. 2. 26 VI 495/25; 11. 10. 29 VII 36/29). Der Verkehr hilft sich damit, daß in solchen Fällen der ganze Bestand übereignet, der Sicherungsgeber aber nur verpflichtet wird, stets einen bestimmten Mindestbestand bereitzuhalten, während er über den Mehrbestand verfügen darf. Nicht ausreichend ist es aber, wenn vereinbart wird, es seien alle Waren übereignet, soweit sie dem Veräußerer gehörten (RG 129, 62). Unrichtig ist es indessen, wenn hier weiter gesagt wird, es fehle an genügender Bestimmtheit bei einer Übereignung sämtlicher Waren eines Ladengeschäfts, weil durch den fortdauernden Ab- und Zugang bald Unklarheit eintreten müsse. Das wären nur Beweisschwierigkeiten, die Abrede als solche bleibt trotzdem klar und bestimmt. So jetzt RG 132, 188 in einem Falle, in welchem sämtliche Waren übereignet waren, die sich in bestimmten Lagerräumen befänden oder hineinkommen würden. Ob dort auch fremdes Eigentum lagerte oder hineinkam, wird mit Recht für unerheblich erklärt, weil für die Frage der Bestimmtheit des Gegenstandes der Zeitpunkt des Vertragschlusses maßgebend ist und nachträgliche, außerhalb des Vertrages liegende Ereignisse ihm die Klarheit und Bestimmtheit nicht rauben können. Die abweichenden Bemerkungen

in RG 113, 57 sind ausdrücklich fallen gelassen worden. Von ihnen beeinflußt war auch RG 2. 7. 29 VII 657/28. Es waren Sachen übereignet worden von einem Wert bis zu 35000 RM. Das war zweifellos eine zu unbestimmte Bezeichnung. Der Vertrag wird aber gehalten, weil festgestellt war, daß der gesamte Wert des Warenlagers auch in späterer Zeit niemals 35000 RM. überschritten hatte; es wurde deshalb angenommen, daß das jeweilige Gesamtlager übereignet worden sei. Das ist bedenklich; alles Spätere mußte auch hier bei der Beurteilung ausscheiden und dann war die Sache nicht bestimmt genug bezeichnet. Wird eine gewisse Anzahl der jeweils in bestimmten Ställen untergebrachten Viehstücke übereignet, so fehlt es an genügender Bestimmtheit, wenn sich zeitweise mehr Stücke in den Ställen befinden, als übereignet sein sollten (RG JW 1934, 222[10]). Wird ausdrücklich verabredet, daß das gesamte Warenlager übereignet werden soll, dann wird die Bestimmtheit der Sache nicht dadurch beeinträchtigt, daß sich auch fremdes Eigentum in dem Lager befindet; das ist ein außerhalb des Vertrages liegender und deshalb unbeachtlicher Umstand (RG Warn 1934 Nr 52). Wird ein ganzes Warenlager rechtsgültig übereignet, so kann das einmal begründete Eigentum nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß einige — vertragsmäßig zu übereignende — Ersatzstücke nicht in gültiger Weise übertragen werden (RG 8. 6. 34 VII 237/33). — Wird der Rest einer teilweise bereits weiterverkauften Warensendung wegen vorhandener Mängel zur Verfügung gestellt und das Eigentum daran nach § 930 durch die Abrede eines Verwahrungsvertrages auf den Verkäufer zurückübertragen, so beeinträchtigt der frühere Teilverkauf nicht die Bestimmtheit des Gegenstandes in dem späteren Vertrage (RG 13. 3. 31 VII 265/30). — Das Eigentum an barem Gelde kann durch Besitzkonstitut gültig nur dann übertragen werden, wenn es gesondert aufbewahrt und von anderem Gelde getrennt gehalten wird. Bloße Buchungen genügen nicht (RG 18. 6. 19 V 62/19).

4. ersetzt, d. h. die Vereinbarung tritt an die Stelle der Übergabe und es bleibt nur noch als zweites Erfordernis, daß Veräußerer und Erwerber darüber einig sind, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll. Daran fehlt es, wenn noch nicht ganz fertige Möbel gekauft sind, die Übergabe hinausgeschoben wird und der Tischler die Sachen vorläufig aufbewahren soll (RG SeuffA 78 Nr 135). Wenn ein Schuldner, der im unmittelbaren Besitz (RG 94, 341) der vom Gerichtsvollzieher gepfändeten Sachen geblieben ist, sie auch nach der Versteigerung oder nach einer gemäß § 825 ZPO vorgenommenen Veräußerung — auch bei der Zwangsüberweisung einer gepfändeten Sache an einen Dritten muß noch die Übergabe stattfinden, um den Eigentumsübergang zu vollenden (RG 126, 23; nicht entschieden RG 5. 6. 34 VII 2/34) — noch ferner in seinem unmittelbaren Besitz behält und dann mit dem Ersteher oder Käufer ein Rechtsverhältnis vereinbart, das an sich zum Ersatz der Übergabe genügt (RG Warn 1917 Nr 55), so geht das Eigentum nur über, wenn die Beteiligten den Eigentumsübergang auch wirklich bezwecken (RG 98, 133). Ist aber der Übereignungswille vorhanden, so genügt zur Übereignung selbst jede Handlung, welche objektiv geeignet ist, den Besitzübergang herbeizuführen; nicht erforderlich ist, daß die Beteiligten die Bedeutung und Wirkung der Abrede eines Rechtsverhältnisses nach § 868 klar erkennen (RG 118, 364; JW 1915, 445[4]). In der erstgenannten Entscheidung ist die überspitzte Annahme, eine Ersatzübergabe nach § 868 könne nicht gewollt sein, wenn die Beteiligten glaubten, das Eigentum sei schon nach § 929 übergegangen (RG SeuffA 76 Nr 20) nicht mehr aufrechterhalten worden. In einem andern Falle (RG 28. 9. 28 VII 85/28) hatten die Beteiligten eine Übergabe nur fingiert, daneben aber ein Leihverhältnis vereinbart; es schadete nichts, daß sie die angebliche Übergabe und nicht die Abrede des Leihverhältnisses als den maßgebenden Vorgang ansahen. — Die Anschauung, daß bezahlte Ware schon auf der Reise dem Käufer gehöre, ist irrig und berechtigt für sich allein auch nicht zu der Annahme eines Parteiwillens, der auf die Übereignung der bereits bezahlten Ware gerichtet wäre und sie durch ein Besitzkonstitut vollzöge, bei welchem der Verkäufer die Ware für den Käufer in Verwahrung und auf der Reise in Obhut nähme (vgl. auch A 5).

Es ist nicht unzulässig, in erster Linie eine tatsächliche Übergabe nach § 929, in zweiter eine Ersatzübergabe nach § 930 zu behaupten (RG LZ 1918, 498[7]).

5. Rechtsverhältnis zur Erlangung des mittelbaren Besitzes. Gemeint sind die hier im § 868 — vgl. daf A 3 — angeführten Verhältnisse, nämlich das Verhältnis des Nießbrauchers (RG SeuffA 75 Nr 27), Pfandgläubigers, Pächters, Mieters, Verwahrers und ähnliche Verhältnisse. Der Kreis solcher Verhältnisse ist mit Rücksicht auf die Schlußklausel „und ähnliche Verhältnisse" sehr groß, immer muß es sich aber um ein einzelnes bestimmtes, schuldrechtliches oder dingliches Rechtsverhältnis handeln, das ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des Veräußerers begründet (RG 49, 173; 132, 186; Warn 1925 Nr 166; JW 1927, 669[14]). Die Leihe und das Verhältnis des Kommissionärs fallen darunter (RG Warn 09 Nr 454), es genügt aber auch ein kommissionsähnliches Verhältnis (RG 118, 364), z. B. wenn der Veräußerer die Sachen kommissionsweise veräußern darf und aus dem Erlös neue Sachen anzuschaffen hat (RG 1. 5. 17 VII 72/17). Doch darf sich das Kommissionsverhältnis nicht auf das nicht zum Verkauf bestimmte Inventar einschließlich der Maschinen einer Fabrik beziehen. Geschieht das doch, so fehlt es insoweit an der Abrede eines ausreichenden Rechtsverhältnisses und es ist nach § 139 zu entscheiden, ob der Vertrag deshalb im ganzen nichtig ist (RG 21. 11. 30 VII 191/30). Leihe ist auch an Flaschenweinen möglich, nämlich wenn Verbrauch und Veräußerung ausgeschlossen

und etwa nur Ausstattung von Gasträumen oder Schaufenstern mit den gelieferten Flaschenweinen zugelassen ist (RG Warn 1932 Nr 115). Es genügt ferner der Auftrag (RG 100, 193); wegen der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag vgl. RG 98, 134 und A 3 a. E. zu § 868. Das Rechtsverhältnis kann aber immer nur die Übergabe ersetzen, nicht auch die Einigung. Mit Recht für bedenklich erachtet ist deshalb die Annahme, daß stets und ohne besondere Verabredung das Eigentum an B übergeht, wenn A, den Weisungen B.s folgend, die an B verkaufte und von diesem an C weiterverkaufte Ware unmittelbar an C versendet (RG Warn 1920 Nr 163). Ob zwischen Verkäufer und Käufer eine Verwahrung oder ein ihr ähnliches Verhältnis zustande gekommen ist, z. B. die Übernahme der Obhut über Waren, die für einen andern befördert werden (RG Warn 1920 Nr 163), kann im Einzelfall zweifelhaft sein (RG 97, 252; 102, 41). Die bloße Klausel: „Die Ware geht mit Ausstellung der Faktura in Ihren Besitz über" ist auch hier bedeutungslos. Kein Verwahrungsvertrag ist auch abgeschlossen, wenn weiter nichts geschieht, als daß der Erwerber einen Angestellten des Veräußerers bestellt, damit dieser den Besitz für ihn ausübe (RG 11. 10. 27 VI 170/27). Verwahrung und Eigentumsübertragung kommen dagegen nach den §§ 3, 7 des DepotG v. 5. 7. 96 (auch in der Fassung der VO v. 21. 11. 23, RGBl I 1119) zustande, wenn der Bankherr dem Kunden das Stückeverzeichnis übersendet (RG 104, 119), aber mit Nummernangabe (RG LZ 1919, 697). Das Eigentum an den Wertpapieren kann aber auch in anderer Art nach § 930 übertragen werden, doch wird das bei einem Verzicht auf das Stückeverzeichnis nur selten vorkommen, denn der Verzicht bedeutet, daß das Eigentum nur gegen Zahlung des Preises übergehen soll, und gezahlt ist in der Regel nicht, wenn der Kommittent die Papiere noch hat (RG 109, 325). Immerhin kommen solche Fälle vor, wie RG 116, 198ff. ergibt. Die äußerlich erkennbare Ausführungshandlung für das nach §§ 930, 181 vorgenommene „Insichgeschäft" lag in der Bänderung der Stücke und der Eintragung in das Nummernbuch. Über die an sich zweifelhafte Bedeutung der Bänderung vgl. § 868 A 5. In RGSt JW 1927, 3013 ist Übereignung durch Bänderung angenommen worden, weil dem Kunden außerdem noch geschrieben war, die Stücke lägen zur Abholung bereit. — Nicht unter § 930 fällt das Besitzdienerverhältnis nach § 855. Die Abgrenzung ist zuweilen zweifelhaft (RGSt 56, 115). Jedenfalls macht aber seine schuldrechtliche Pflicht, den Weisungen des Geschäftsherrn zu folgen, den Beauftragten oder Geschäftsbesorger nicht zum Besitzdiener (RG Warn 1922 Nr 70). Die Übergabe kann nach § 930 nicht ersetzt werden, wenn der Veräußerer aus einem andern Rechtsgrund ein stärkeres Recht an den zu übertragenden Sachen erwirbt, als er durch die Vereinbarung nach § 930 erwerben soll. Ein Ehemann, der Sachen an seine Frau übereignen will, kann die Übergabe nicht durch Vereinbarung eines Leihvertrags ersetzen, wenn er ohnehin an den zum eingebrachten Gut werdenden Sachen das ehemännliche Verwaltungsrecht erlangt (RG 48, 318; OLG 34, 179). Die Annahme, daß in solchen Fällen das familienrechtliche Verhältnis das Rechtsverhältnis im Sinne des § 930 jedenfalls dann darstelle, wenn die Beteiligten die gesetzliche Rechtsfolge von Anfang an im Auge gehabt und übereinstimmend in ihren Willen aufgenommen hätten (RG 108, 124; SeuffA 81 Nr 9), ist nicht zu billigen, denn das familienrechtliche Verhältnis entsteht trotz alledem kraft Gesetzes und nicht durch die von § 930 geforderte Vereinbarung der Beteiligten (RG Gruch 49, 123; OLG 8, 112; PosMSchr 1914, 152). § 868 bezieht sich zwar nicht nur auf vertragliche, sondern auch auf gesetzlich geregelte Rechtsverhältnisse (RG 59, 201; 94, 341; 98, 134; 105, 20f.), § 930 verlangt aber ausdrücklich ein vereinbartes Rechtsverhältnis. Es ist aber nicht zu verkennen, daß sich die bekämpften Entscheidungen in der Praxis durchgesetzt haben, vgl. JW 1931, 1386[17] und 2141[6] mit Anm. dazu; 1933, 2078[3]. Der hier vertretenen Meinung beigetreten ist allerdings OLG München (BayRpflZ 1932, 183). Es nimmt an, daß bei gesetzlichem Güterstande der Ehemann seiner Frau eine Sache nur dann durch Besitzkonstitut übereignen kann, wenn die Sache durch formgerechte Erklärung zum Vorbehaltsgut gemacht wird. Leben die Eheleute in Gütertrennung, so ist, wenn ein Teil dem andern etwas übereignet, Ersatz der Übergabe nach § 930 natürlich möglich. Davon geht auch RG Warn 1934 Nr 75 aus. — Wer nicht willensfähig ist, kann ein vereinbartes Rechtsverhältnis nicht schaffen (RG 98, 133). Der Wille ist entscheidend. Die Unwirksamkeit des vereinbarten Rechtsverhältnisses aus anderen Gründen als wegen Willensmängeln ist bedeutungslos. — Gibt der unmittelbare Besitzer seinen Besitz an der Sache freiwillig auf, so endet auch der mittelbare Besitz; das einmal übergegangene Eigentum wird davon aber nicht betroffen (RG 105, 413).

Einzelfälle: Bei einem unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kauf kann, auch wenn dem Käufer die Verpflichtung eines Verwahrers oder Verwalters nicht besonders auferlegt ist, ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 geschaffen werden (RG 54, 396; 69, 197); hält der Verkäufer nach dem Verkauf die Sache zurück, so braucht nicht immer stillschweigend ein Verwahrungsvertrag geschlossen zu sein (RG 5. 5. 11 VII 437/10); lagert aber gekaufte, genehmigte und bezahlte Ware noch bei dem Verkäufer, so kann Aufbewahrung im Sinne einer Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung nach § 354 HGB vorliegen (RG LZ 1913, 143; Warn 1916 Nr 83); der Vermerk des Käufernamens auf einem bestimmten Los mit entsprechender Buchung und Nachricht an den Käufer kann für den Eigentumsübergang ausreichen (RG 25. 6. 15 III 411/14); die Abrede, daß die Syndikatsmitglieder nur noch als Verwahrer und Frachtführer des Syndikats

handeln sollen, wenn sie die Ware zur Bahn oder an das Schiff bringen und dort zur Beförderung an den Abnehmer verladen, kann dahin verstanden werden, daß die Mitglieder ihr Eigentum durch Begründung eines Rechtsverhältnisses nach § 868 auf das Syndikat übertragen und fortan nur noch die Rechte und Pflichten eines Verwahrers oder Frachtführers haben sollen, wobei gleichgültig, ob dies Verhältnis längere oder kürzere Zeit dauert (RG 92, 347). Wenn die Sache bereits nach § 929 übereignet ist, dann ist ein nachträglicher bloßer Eigentumsvorbehalt wie jedes leere Konstitut wirkungslos (RGSt LZ 1914, 1564); wird aber das Eigentum an der Sache zunächst an den Verkäufer zurückübertragen und sie dann von ihm dem Käufer leihweise bis auf Widerruf überlassen (RG Warn 1917 Nr 264) oder durch einen neuen Vertrag unter Preisnachlaß und Eigentumsvorbehalt wiederum an den Käufer verkauft (RG JW 1915, 445[4]), so ist ein genügend bestimmtes Rechtsverhältnis vereinbart. Der leitende Gesichtspunkt ist der, daß der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber auf Zeit (§ 868) zum Besitz berechtigt und verpflichtet sein muß. Weder ist aber erforderlich, daß das Verhältnis zu einem von vornherein bestimmten Zeitpunkt, noch, daß es mit der Herausgabe an den mittelbaren Besitzer endigen muß; es ist nur erforderlich, daß überhaupt eine zeitliche Schranke besteht und ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers entstehen kann (RG Warn 1912 Nr 421; Warn 1913 Nr 200; JW 1913, 432[10]; Gruch 57, 434). Bei dem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt liegt die zeitliche Schranke darin, daß der Käufer entweder zahlt und dann Eigentümer wird oder daß er nicht zahlt und dann der Verkäufer das Rücktrittsrecht nach § 455 hat (RG JW 1915, 445[4]). Immer aber wird verlangt werden müssen, daß nicht bloß zum Schein ein dem § 868 entsprechendes Verhältnis geschaffen ist, daß es sich also nicht nur um die Übereinkunft handelt: „Die Sache solle als übergeben gelten" (RG 24. 3. 11 VII 404/10). Ist aber kein Zweifel, daß ein den Anforderungen des § 868 entsprechendes Verhältnis vorliegt, so ist es ohne Belang, daß es nicht im Vertrag mit ausdrücklichen Worten bezeichnet wurde (RG Warn 1913 Nr 201; LZ 1918, 498[7]). Auch stillschweigende Abrede genügt (RG 21. 3. 19 VII 22/19).

6. Die **Sicherungsübereignung** (S.-Ü.) ist die dingliche Übereignung einer Sache — hier wird nur von beweglichen Sachen gesprochen — mit der schuldrechtlichen Abrede, daß das Eigentum nicht endgültig übertragen werden soll, sondern nur für die Dauer des Bestehens einer Forderung des Erwerbers (Sicherungsnehmers) an den Veräußerer (Sicherungsgeber). Dabei kann verabredet werden, daß das Eigentum bei dem Erlöschen der Forderung — also dem Eintritt einer auflösenden Bedingung — von selbst an den Veräußerer zurückfällt, er kann aber auch auf einen bloßen Rückübertragungsanspruch beschränkt werden (RG 28. 2. 22 VII 372/21). Die S.-Ü. ist ein Treuhandgeschäft ohne wesentliche Besonderheiten, wenn sie nach § 929 vorgenommen, die Sache also dem Erwerber wirklich übergeben wird. Auch das kommt vor, obwohl unter solchen Umständen eine Verpfändung nach § 1205 möglich wäre. Es sollen dann die strengen Vorschriften der §§ 1228 ff. über den Pfandverkauf ausgeschaltet werden. Ihre Besonderheit bekommt die S.-Ü. aber, wenn sie nach § 930 vorgenommen wird, die Sache also im unmittelbaren Besitz des Veräußerers bleibt. Das ist die regelmäßige Art der S.-Ü., sie wird gemeint, wenn von S.-Ü. schlechthin gesprochen wird. Man hat darin eine wegen fehlender Übergabe der Sache ungültige Verpfändung erblicken wollen. Indessen der Verkehr bedarf der Möglichkeit, daß ein Kreditbedürftiger als Kreditunterlage Sachen verwertet, die in seinem Besitz bleiben. Deshalb hat die Rechtsprechung die S.-Ü. nach § 930 für zulässig erachtet (vgl. z. B. RG 122, 332; Warn 1912 Nr 213; JW 1911, 46[34] und die weiterhin angezogenen Entscheidungen) und auch der Gesetzgeber hat sie neuerdings anerkannt. Nach § 22 des Ges., betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter v. 9. 7. 26 (RGBl I 399), das sogenannte **Pächterkreditgesetz**, sollen Rechte auf Grund einer vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erfolgten Sicherungsübereignung durch § 4 Abs 1 des Ges., d. h. durch den guten Glauben des Pfandgläubigers an das Eigentum des Pfandschuldners, nicht berührt werden, wenn sie innerhalb bestimmter Frist bei dem zuständigen Amtsgericht angemeldet werden. — Auf die Bestrebungen, das oben anerkannte wirtschaftliche Bedürfnis in anderer Weise als durch § 930 zu befriedigen, ist hier nicht einzugehen, doch sei hervorgehoben, daß der Gesetzgeber sich dem sog. Registerpfandrecht nicht mehr grundsätzlich abgeneigt zeigt. Ein Registerpfandrecht besonderer Art war schon immer das Pfandrecht an im Schiffsregister eingetragenen Schiffen (§§ 1259 ff.), jetzt ist es durch Ges. v. 4. 7. 26 (RGBl I 367) auf im Bau befindliche Schiffe und durch das Kabelpfandgesetz v. 31. 3. 25 (RGBl I 37) auf Hochseekabel ausgedehnt worden. Auf dem Wege zum Registerpfandrecht liegt das Pfandrecht, dessen Bestellung nach § 2 Abs 1 des schon oben genannten Pächterkreditgesetzes — für die Zeit bis zum 13. Juli 1946, § 23 Abs 1 in der Fassung der VO des Reichspräsidenten vom 18. März 1933 Kap. XIV (RGBl I 109 ff.) — zugelassen worden ist; vgl. darüber A 5 zu § 1204 und A 5 Abs 3 zu § 1205. Dieses Pfandrecht entsteht durch die Einigung des Pächters mit dem Gläubiger darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, und durch die Niederlegung des Verpfändungsvertrags bei dem zuständigen Amtsgericht. Die von den preußischen Ausführungsbestimmungen (JMBl 1926, 255) angeordnete Eintragung der Verträge in ein Verzeichnis ist für die Entstehung des Pfandrechts nicht wesentlich, sie soll nur die

Übersicht erleichtern. — Auch die im § 22 aaO. vorgesehene, schon oben erwähnte, Anmeldung der Sicherungsübereignungen bei dem Amtsgericht klingt an das Registerpfandrecht an.

Die S.-Ü. ist im BGB nicht besonders geregelt. Auch für sie gilt also alles, was in den A 1—5 und den dort angeführten, häufig die S.-Ü. behandelnden, Entscheidungen gesagt ist. Bemerkt sei aber noch, daß das Sicherheitsverhältnis als solches kein dem § 868 genügendes Rechtsverhältnis ist (**RG** JW 1912, 144[21]; Warn 1913 Nr 200), das Vorliegen eines solchen muß also stets besonders festgestellt werden. Zu betonen ist ferner, daß die S.-Ü. grundsätzlich etwas anderes ist als eine Verpfändung (**RG** JW 1914, 76[8]). Die gesetzlichen Vorschriften über das Pfandrecht dürfen deshalb nicht ohne weiters zur Ergänzung der S.-Ü.-Verträge herangezogen werden. Maßgebend sind hiernach stets die einzelnen Verträge (**RG** 143, 113). Da diese häufig unklar sind, bleibt der Auslegung ein weiter Spielraum. Im Wege solcher Auslegung kann auch festgestellt werden, daß der Sicherungsnehmer verbunden sein soll, nur die Rechte des Pfandgläubigers — vielleicht auch nur einzelne — auszuüben (**RG** 59, 190; 76, 347; 83, 53; 95, 245; Warn 1932 Nr 86). Auch wenn weiter nichts verabredet ist, so folgt doch aus dem Sicherungszweck als dem obersten Zweck des Vertrags das Recht des Sicherungsgebers, seine Sache durch Bezahlung der Forderung einzulösen (**RG** 22. 9. 22 VII 395/21). Dies darf aber nicht dazu führen, dem Eigentum des Sicherungsnehmers einen andern Inhalt zu geben, als dem des gewöhnlichen Eigentümers. Eigentum ist und bleibt Eigentum im Sinne des § 903. Auf dem Gebiete des Sachenrechts ist jede Privatwillkür ausgeschlossen, der Inhalt der dinglichen Rechte kann durch Vertrag nicht geändert werden. Möglich ist aber, daß man den Erwerber eines dinglichen Rechts in bestimmter Richtung schuldrechtlich bindet. Bedenklich ist es also, davon zu sprechen, daß der Sicherungsnehmer nur formelles Eigentum erlange, während das materielle, das wirtschaftliche Eigentum bei dem Sicherungsgeber verbleibe. Das Eigentum, und zwar das einzige Eigentum, welches das BGB kennt, geht auf den Sicherungsnehmer über (**RG** 99, 143; 102, 386; **RG** 30. 10. 17 VII 219/17), er wird aber schuldrechtlich gebunden und lediglich aus dieser schuldrechtlichen Bindung dürfen — können aber auch — die seine Stellung einschränkenden Folgerungen gezogen werden (**RG** Gruch 65, 605; **RG** 104, 73). Gegen das Behandeln der S.-Ü. als wirklicher Übereignung wendet sich der Reichsfinanzhof in seinem Gutachten v. 8. 6. 26 (Samml. Bd 19 S. 126 ff.), formell allerdings nur für das Steuerrecht und auf Grund steuerrechtlicher Vorschriften, doch lassen sich bürgerliches Recht und Steuerrecht nicht in der Weise trennen, wie es versucht wird. Die Darlegungen des Reichsfinanzhofs sind nicht überzeugend. Schon sein Ergebnis ist widerspruchsvoll. Er hält die S.-Ü. dem Wesen der Sache nach für eine verschleierte Pfandbestellung, sieht sie aber trotz § 1205 als wirksam an. Das soll gelten, weil der Streit zwischen dem Steuergläubiger und dem Sicherungsnehmer nach der Reichsabgabenordnung zu entscheiden ist. Indessen die S.-Ü. selbst wird nach bürgerlichem Recht vorgenommen, danach ist ihre Wirksamkeit und danach sind ihre Folgen zu beurteilen. Diese muß mangels abweichender Sondervorschriften auch der Steuergläubiger hinnehmen. Eine solche Vorschrift wird in § 80 Abs 1 Satz 1 RAbgO gefunden, weil danach im Sinne der Steuergesetze wie ein Eigentümer zu behandeln ist, wer einen Gegenstand als ihm gehörig besitzt. Das soll bei demjenigen zutreffen, der eine Sache sicherungshalber nach § 930 übereignet hat. Aber § 930 verlangt gerade, daß der Sicherungsgeber aufhört, die Sache als ihm gehörig zu besitzen, daß er sie fortan als die Sache eines andern besitzt kraft eines Rechtsverhältnisses, das ihn dem neuen Eigentümer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet. Es ist auch nicht so, daß der Sicherungsgeber in der Verfügung über die übereigneten Gegenstände nur insoweit beschränkt wäre, als er die Interessen des Gläubigers wahrzunehmen hat. Umgekehrt hat der Sicherungsgeber die von ihm besessene Sache durchaus als fremde zu achten und zu behandeln, er darf mit ihr nur vornehmen, was ihm das Rechtsverhältnis gestattet, kraft dessen er besitzt, oder was ihm besondere Abrede erlaubt. Für die Ansicht des Reichsfinanzhofs spricht scheinbar die — in ihrer Begründung allerdings nicht ganz unbedenkliche — Annahme des Reichsgerichts, daß der Sicherungsnehmer im Konkurse des Sicherungsgebers in der Regel nur ein Ab-, kein Aussonderungsrecht hat (vgl. z. B. **RG** 24, 25; 91, 15 u. 280; 118, 209; Warn 1910 Nr 38; 28. 2. 22 VII 372/21; 5. 4. 27 [VII] VI 596/26). Das folgt indessen aus der Eigenart des Konkurses, der zu einer sofortigen und endgültigen Regelung des gesamten Verhältnisses zwingt. Dabei darf der Sicherungsnehmer nicht gleichzeitig die Sache aussondern und wegen seiner ganzen Forderung Befriedigung aus der Masse verlangen. Das widerspricht dem S.-Ü.-Vertrage. Der Zwiespalt löst sich, wenn dem Sicherungsnehmer ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zugebilligt wird. Er taucht aber gar nicht auf, wenn der Sicherungsnehmer außerhalb des Konkurses dem pfändenden Steuergläubiger gegenüber sein Eigentum verfolgt. Er verfolgt dann nur sein Eigentum, nicht auch gleichzeitig seine Forderung. Einer künftigen vertragsmäßigen Lösung des Verhältnisses wird nicht vorgegriffen. Der für den Konkursfall aufgestellte Rechtssatz ist also außerhalb des Konkurses nicht entsprechend anwendbar. Diese Gedankengänge hat **RG** 124, 73 ff. gebilligt. Boethke (DStBl 1929, 727 ff.) glaubte einen Weg gefunden zu haben, der ihm erlaubte, im Ergebnis dem **RG** beizutreten, ohne dem RFH auf steuerrechtlichem Gebiet widersprechen zu müssen. In Gruch 72, 351 erkennt er aber an, daß der RFH seine Ansicht zu

Unrecht aus dem Steuerrecht hergeleitet habe, während die zu entscheidende Frage bürgerlichrechtlich sei.

Einzelheiten. Ist das Eigentum nicht unter auflösender Bedingung übertragen, so kann der Sicherungsnehmer es weiterübertragen. Selbst ein etwa verabredetes Veräußerungsverbot — wesentlich für die Sicherungsübereignung ist es nicht — vermag nach § 137 die dingliche Wirksamkeit der Weiterveräußerung nicht zu hindern. Dem Dritterwerber schadet es nichts, wenn er seinen Veräußerer als bloßen Sicherungseigentümer kennt (RG 95, 244). — Bietet der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer rechtzeitig die Bezahlung der Forderung an, lehnt dieser aber die Annahme des Geldes grundlos ab und kommt er dadurch in Annahmeverzug, so folgt daraus allein noch nicht das Erlöschen des Sicherungseigentums (bei auflösend bedingter Übertragung) oder das Entstehen des Rückübereignungsanspruchs (bei nicht bedingter Übertragung). Dazu ist noch die Hinterlegung unter Verzicht auf die Rückforderung nötig (RG 11. 3. 21 VII 324/20; 26. 6. 21 VII 565/20; 22. 9. 22 VII 595/21). Falls aber der Sicherungsnehmer trotz des Zahlungsangebots die Herausgabe der dem Sicherungsgeber nach § 930 belassenen Sache verlangt, kann der Sicherungsgeber ihm die Einrede der Arglist entgegensetzen, wenn die Zahlung abgelehnt ist, nur um den Eintritt von deren Wirkungen zu hindern (RG 26. 6. 21 VII 565/20). Ein bei der Sicherungsübereignung begründetes Mietverhältnis folgt seinen eigenen Regeln. Seine Beendigung gibt vielleicht dem Sicherungsnehmer das Recht, die Herausgabe zu verlangen, ein noch bestehendes Einlösungsrecht verbleibt aber dem Sicherungsgeber und kann von ihm auch gegenüber dem im Besitz befindlichen Sicherungsnehmer verfolgt werden (RG ebenda.)

Das Einlösungsrecht des Sicherungsgebers kann zeitlich begrenzt werden; § 503 ist dabei entsprechend anwendbar (RG 9. 10. 23 VII 79/23). Es kann verabredet werden, daß bei Erlöschen des Einlösungsrechts der Eigentumsübergang sich in einen unbedingten und endgültigen verwandelt. Einer solchen Vereinbarung, die aber als dem Schuldner nachteilig nur in völlig zweifelsfreien Fällen anzunehmen sein wird (RG 22. 9. 22 VII 395/21), steht § 1229 — und darin zeigt sich die Gefährlichkeit der Sicherungsübereignung — nicht entgegen. Im § 1229 wird verboten, einer Pfandbestellung die Verfallklausel des Eigentumsübergangs hinzuzufügen; auf schuldrechtliche Abreden bei einer Eigentumsübertragung bezieht sich § 1229 nicht. Davon geht auch RG 83, 53 aus. — Dem Erlöschen des Einlösungsrechts muß das Erlöschen der gesicherten Forderung gegenüberstehen, und zwar der ganzen, soweit nicht ein anderes vereinbart ist. Ein Vertrag, in dem es heißt, das Eigentum einer Sache werde zur Sicherheit für und in Anrechnung auf eine Forderung übertragen, setzt in ungenauer Weise nebeneinander, was nur nacheinander zur Auswirkung kommen kann (RG 22. 9. 22 VII 395/21). Es kann aber auch verabredet sein, daß bei Fälligkeit der gesicherten Forderung der Sicherungsnehmer sich wie ein Pfandgläubiger aus der übereigneten Sache befriedigen soll (RG JW 1914, 76[8]; RG 8. 12. 19 V 248/19), und das wird die Regel bilden. In einem solchen Fall kann der Sicherungsnehmer, bevor er sich aus der Sache befriedigt hat, das Einlösungsrecht des Sicherungsgebers nicht zum Erlöschen bringen, namentlich nicht durch das Setzen einer Nachfrist nach § 326. Der Sicherungsgeber hat das Recht, nicht die Pflicht zur Einlösung.

Auch bei der Sicherungsübereignung ist die Übereignung als abstraktes dingliches Rechtsgeschäft von dem schuldrechtlichen Grundgeschäft unabhängig. Eine Ausnahme macht auch hier der Wucher. Bei wucherlichem Grundgeschäft ist auch die Übereignung nichtig (RG 38, 251; 47, 52; 63, 371; 95, 244). Ebenso ist nicht nur das Grundgeschäft, sondern auch die Sicherungsübereignung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, wenn jemand unter Verlust seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit völlig in die Hand eines andern gelangt, gleichwohl aber unter dem Schein der Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit sein Geschäft fortführt und die Dritten täuscht, welche sich mit ihm einlassen. In diesen Fällen wird bald die sogenannte „Knebelung" mehr hervortreten, welche sich gegen den Sicherungsgeber, bald die Kredittäuschung, welche sich gegen seine Gläubiger richtet. Das ist in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen, von denen hier nur genannt seien RG 85, 343; 118, 361 ff.; 133, 234; 143, 48 ff.; JW 1911, 83[15], 576[10], 650[22]; Warn 1913 Nr 129, 130, 400; 1917 Nr 131; 1919 Nr 189; 5. 3. 29 VII 483/28; 8. 10. 29 VII 101/29; 24. 6. 32 VII 63/32. Auch der an sich gute Wille, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen, ändert an dieser Rechtsfolge nichts (RG JW 1919, 443[1]; 9. 9. 17 VII 235/17; 28. 4. 22 VII 312/21). Immer aber müssen bei dem Kreditbetrug beide Vertragsparteien sittenwidrig gehandelt, auch der Sicherungsnehmer muß, wenn auch nicht die Absicht der Gläubigerschädigung, so doch mindestens das Bewußtsein von der Möglichkeit gehabt haben, daß die übrigen Gläubiger des Sicherungsgebers durch die Übereignung geschädigt würden (RG 118, 363). Vgl. zu Vorstehendem § 826 A 4c. In RG 143, 58 wird auch die Frage behandelt, ob ein Sicherungsnehmer, der nachträglich erkennt, daß die Voraussetzungen der Kredittäuschung vorliegen, dann verpflichtet ist, den Sicherungsgeber zu veranlassen, daß er die S.-Ü. den andern Gläubigern und künftigen Kreditgebern mitteilt. Die in RG 136, 258 vielleicht enthaltene allgemeine Verneinung dieser Frage wird nicht gebilligt, ihre Bejahung jedenfalls für möglich gehalten; es sei das aber Tatfrage des einzelnen Falles. — Ist die Sicherungsübereignung allumfassend, ohne jedoch gegen die guten Sitten zu verstoßen, so kann § 419 zutreffen, vgl. auch A 1 zu § 419.

Mit dem Einwand des Scheins wurde die Sicherungsübereignung früher häufiger bekämpft als jetzt, immerhin wird stets genau zu prüfen sein, ob der Wille der Beteiligten ernstlich auf die Übertragung des Eigentums gerichtet war oder ob dies nur vorgespiegelt wurde. Die früher oft beliebte Form des Sicherungsverkaufs mit Wiederkaufsrecht zwingt nicht zur Verneinung der Ernstlichkeit (RG JW 02 Beil 259; RG 57, 175; 59, 146; 62, 126; JW 1911, 181[5]). Eine Sicherungsübereignung unter Gestattung des Weiterverkaufs (Kommission) ist nicht schon deshalb unwirksam, weil nur ein ziffermäßig nicht bestimmter Erlösanteil an den Gläubiger abzuführen ist (RG 27. 2. 14 VII 314/13). Allgemein wird bei der Beurteilung der Vereinbarungen nicht am Wortlaut zu haften sein (RG Warn 1910 Nr 448; 1913 Nr 201), zumal da der Verkehr die Ausdrücke nicht immer in ihrem Rechtssinn gebraucht (RG LZ 1914, 1759). Gegen die Annahme der Ernstlichkeit kann es sprechen, wenn für geringe Forderungen wertvolle Sachen übereignet sind und wenn die Sicherungsübereignung zugunsten nahestehender Personen erfolgt ist. Die Absicht, zu täuschen, schließt die Annahme eines Scheingeschäfts nicht aus (RG 16. 4. 18 VII 18/18). Wegen Anfechtbarkeit der Sicherungsübereignung gelten die Vorschriften der KO und des AnfG. — Im Sinne des § 69 VVG ist auch die Sicherungsübereignung eine Veräußerung (RG 73, 142; 114, 318; 117, 270; 8. 6. 34 VII 52/34, w. abgedr.). Die unliebsamen Folgen dieser Rechtslage sind jetzt durch eine vom Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung genehmigte Änderung des § 2 der Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen im Wesentlichen beseitigt worden. Wird die Anzeige von der Veräußerung unterlassen und hat der Erwerber keinen Anspruch gegen den Versicherer, so bleiben die Sachen weiter für den Veräußerer versichert.

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß die Rechte aus der Sicherungsübereignung nicht zu den Nebenrechten im Sinne des § 401 gehören (RG 135, 274). Sie gehen also nicht kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger über, doch ist es regelmäßig als Vertragswille der Beteiligten anzusehen, daß der Gläubiger und Sicherungseigentümer die Rechte aus der Übereignung dem übertragen muß, der die Forderung erworben hat; die Zustimmung des Schuldners ist ebenso als im voraus erteilt anzusehen (RG 89, 195; 91, 280; JW 1926, 799[8]; 16. 4. 26 VI 28/26). Wird die gesicherte Schuld nach § 414 von einem Dritten übernommen und der ursprüngliche Schuldner und Sicherungsgeber von seiner Leistungspflicht befreit, so „erlischt“ zwar nicht die Sicherungsübereignung nach § 418, aber der Sicherungsgeber hat nunmehr den Anspruch auf Rückübereignung, der Sicherungsnehmer darf keine Rechte mehr aus der Sicherungsübereignung herleiten. Bei einer Schuldübernahme nach § 415 kommt es in erster Linie auf die Abreden an, welche der Sicherungsgeber mit dem Dritten getroffen hat. Lassen sich solche nicht feststellen, und hat auch der Sicherungsnehmer bei seiner Genehmigung keinen Vorbehalt gemacht, so liegt die Sache wie im Falle des § 414.

§ 931

[1]) Ist ein Dritter [2]) im Besitze der Sache [3]), so kann die Übergabe dadurch ersetzt [4]) werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache [5]) abtritt [6]) [6a]) [7]) [8]).

E I 804, 874 II 844; M 3 95—97; P 3 201—204.

1. Übereignung durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe. Vgl. vorweg die Bemerkungen zu § 870, doch ist zu betonen, daß es sich im § 870 nur um die Übertragung des mittelbaren Besitzes handelt, im § 931 um die des Eigentums. Dafür umfaßt § 870 bewegliche und unbewegliche Sachen, § 931 nur bewegliche Sachen. — Im § 931 wird eine zweite Art, die Übergabe zu ersetzen, vorgesehen: sie ist aber auf den Fall beschränkt, daß ein Dritter Besitzer der Sache ist. Ob er unmittelbaren oder mittelbaren Besitz hat, ist gleichgültig, nur darf bei mittelbarem Besitz nicht gerade der Eigentümer es sein, der als unmittelbarer Besitzer dem Dritten den Besitz vermittelt. Wenn A eine Sache an B unter Eigentumsvorbehalt verkauft und übergeben, sie darauf von B gemietet und zum Mietbesitz erhalten hat, so steht dem A kein Herausgabeanspruch zu, den er an C abtreten könnte. — Wird der Besitz vom Veräußerer durch einen Besitzdiener ausgeübt und soll das Eigentum nach § 931 auf einen anderen übertragen werden, so muß der Eigentümer den Besitzdiener erst zum Besitzmittler machen. Das kann durch den Auftrag geschehen, die Sache an den Erwerber herauszugeben, denn das Auftragsverhältnis genügt dem § 868 (RG 100, 193).

2. ein Dritter, d. h. ein anderer als der Veräußerer oder der Erwerber. Ob der Dritte den Besitz für den Veräußerer vermittelt oder nicht, ist im Rahmen des § 931 nicht entscheidend. In beiden Fällen ist die Vorschrift anwendbar (RG Warn 1919 Nr 95). Erheblich ist der Unterschied aber nach § 934. — An den mittelbaren Besitz des Eigentümers knüpfen sich auch zwei im BGB nicht besonders behandelte Möglichkeiten, das Eigentum an beweglichen Sachen zu übertragen. Einmal kann der Eigentümer als mittelbarer Besitzer den Erwerber zum weiteren mittelbaren Besitzer machen und so nach § 930 Eigentum übertragen, vgl. das A 2. Er kann aber auch den Besitzmittler beauftragen, von nun an für den Erwerber zu besitzen; führt der Dritte den Auf-

trag aus, z. B. durch Abschluß eines Verwahrungsvertrages mit dem Erwerber, so ist dieser mittelbarer Besitzer und auch Eigentümer geworden, vorausgesetzt, daß Einigkeit über den Eigentumsübergang besteht. Es ist das der Dritte der in A 1 zu § 870 erwähnten Wege. Er ist auch in der Rechtsprechung anerkannt (RG 103, 153; Warn 1922 Nr 77; 1926 Nr 138; HansR u. GZ 30 B 227; Recht 1926 Nr 1009). Bei seiner rechtlichen Kennzeichnung wird angenommen und teilweise auch ausdrücklich ausgesprochen, daß hier eine Übertragung des mittelbaren Besitzes und damit eine Übergabe nach § 929 Satz 1 stattfinde. Es ist aber bereits in A 1 zu § 870 dargelegt, daß bei jenem Verfahren der mittelbare Besitz nicht übertragen, daß vielmehr neuer mittelbarer Besitz begründet wird, und in den A 4 und 7 a zu § 929 ist ausgeführt, daß eine Übergabe schon deshalb nicht vorliegt, weil die Person des unmittelbaren Besitzers nicht wechselt. Der Übergang des Eigentums wird aaO. vielmehr auf § 929 Satz 2 zurückgeführt, weil mittelbarer Besitz des Erwerbers und das Einigsein der Beteiligten über den Eigentumsübergang zusammentreffen. Nicht zu verkennen ist allerdings, daß mehr geschieht, als § 929 Satz 2 voraussetzt. Der Erwerber hat den mittelbaren Besitz nicht irgendwie außerhalb des Zusammenhangs der Übereignung erlangt, sondern der Veräußerer verschafft ihn ihm gerade im Hinblick auf die gewollte Übereignung, vgl. hierzu A 3 zu § 934.

3. der Sache. Wie nach § 929 (A 2) und § 930 (A 3) kann auch nach § 931 nur eine bestimmte Sache übereignet werden. Die Bezeichnung nach Mengen oder Werten genügt auch hier nicht. Wohl kann in solchem Falle der Herausgabeanspruch abgetreten werden, aber das Eigentum geht auf diesem Wege erst dann an den Erwerber über, wenn ihm auf Grund der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs das Verlangte herausgegeben wird (RG 52, 385). Handelt es sich jedoch um die Übereignung einer aus der größeren Menge schon ausgeschiedenen Sachgesamtheit, so ist nicht Aufzählung der einzelnen Sachen nötig. Es genügt dann zur Bezeichnung bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs die Angabe nach Ort der Lagerung und Inhaber (RG Gruch 57, 434). Auch wenn bares Geld nach § 931 übereignet werden soll, muß dieses besonders aufbewahrt sein, bloße Buchungen genügen nicht (RG 18. 6. 19 V 62/19).

4. die Übergabe ersetzt. Erforderlich bleibt neben der an sich nur die Übergabe ersetzenden Abtretung des Herausgabeanspruchs noch das Einigsein über den Übergang des Eigentums. Doch wird die hierzu erforderliche Einigung häufig schon in der Abtretung des Herausgabeanspruchs selbst mitenthalten sein. Die Möglichkeit, den Herausgabeanspruch auch zu andern Zwecken als denen der Eigentumsübertragung abzutreten, ist aber nicht ausgeschlossen. In RG 136, 424 sollte z. B. der Abtretungsempfänger — zulässigerweise — nur ermächtigt werden, den Anspruch auf Herausgabe der im Eigentum des Abtretenden verbleibenden Grundschuldbriefe im eigenen Namen zu verfolgen. Ähnlich RG BankA 30, 246. Deshalb ist das Einigsein über den Eigentumsübergang stets festzustellen (RG JW 1910, 814[34]). Auch ein zweiter Grund spricht hier noch mit. Das Einigsein muß, wie schon in A 2 angedeutet, auch im Falle des § 931 in dem entscheidenden Zeitpunkt noch vorhanden sein, nämlich wenn sich das letzte Erfordernis für den Eigentumsübergang verwirklicht. Bei der freien Widerruflichkeit der Einigung (A 5 zu § 929) kann das Einigsein aber inzwischen aufgehört haben. Mit Recht fragte also RG 135, 366, als jemand unter Einigung über den Eigentumsübergang einen noch nicht entstandenen Herausgabeanspruch abgetreten hatte, ob das Einigsein in dem Augenblick noch bestand, in welchem der Veräußerer den Herausgabeanspruch erlangte.

5. den Anspruch auf Herausgabe der Sache — d. h. unter allen Umständen den dinglichen Anspruch im Sinne des § 985 und, wenn der Eigentümer mittelbarer Besitzer der Sache ist, auch den persönlichen Anspruch (RG 52, 394; HansR u. GZ 30 B 227). Doch wird der persönliche Anspruch regelmäßig als stillschweigend mit abgetreten anzusehen sein (RG 6. 2. 1917 VII 254/16). Durch die Abtretung des persönlichen Anspruchs wird der Erwerber nach § 870 sofort mittelbarer Besitzer. Das ist für § 934 von Bedeutung. Ist der Eigentümer A nicht mittelbarer Besitzer und tritt er an B einen dinglichen Herausgabeanspruch gegen C ab, der nicht besteht, weil C nicht oder nicht mehr Besitzer ist, so wird B durch die Abtretung — trotz des Einigseins von A und B über den Eigentumsübergang — nicht Eigentümer der Sache (RG 8. 4. 24 VII 253/23; 22. 1. 29 VII 315/28). Anders würde die Sache liegen, wenn A seinen dinglichen Anspruch gegen den derzeitigen, ihm unbekannten Besitzer abgetreten hätte. Dann würde das Eigentum übergegangen sein, sofern sich die Sache überhaupt im Besitz eines Dritten befand. Bestimmbarkeit des herausgabepflichtigen Dritten muß genügen. Zu weit geht RG JW 1932, 1206[8], wenn es — übrigens ohne besondere Betonung — den aus § 985 abzuleitenden Herausgabeanspruch nur dann für abtretbar erklärt, wenn er sich gegen einen bestimmten Besitzer richtet. — Errichtet der Pächter auf dem Pachtgrundstück für die Zwecke seiner Pacht ein Gebäude, so bleibt er Eigentümer und Besitzer, der Verpächter wird nicht mittelbarer Besitzer, gegen ihn besteht kein Herausgabeanspruch, der Pächter kann das Gebäude nach § 931 nicht übereignen (RG JW 1934, 1484[4]; dieser Teil der Entscheidung ist RG 143, 275ff. nicht mitabgedruckt). — Dem Anspruch auf Herausgabe ist auch der Anspruch des nichtbesitzenden Miteigentümers gegen den alleinbesitzenden auf Einräumung des Mitbesitzes gleichzuachten (RG 69, 40). Den Beweis für das Bestehen des Herausgabeanspruchs muß derjenige führen, welcher sich auf den Eigentums-

erwerb beruft. Eine Vermutung für den Fortbestand des Besitzes des Dritten ist weder aus § 938 noch aus § 1006 zu entnehmen (RG 22. 1. 29 VII 315/28). Mit der Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sache tritt, wenn auch das Einigsein über den Eigentumsübergang gegeben ist, der Eigentumswechsel sofort ein. Dies selbst dann, wenn der Geltendmachung des Anspruchs in diesem Zeitpunkte rechtliche Hindernisse entgegenstehen (vgl. § 986 Abs 2). Die Abtretung des Anspruchs auf Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt, z. B. zur Herstellung eines Teilbriefs, ist keine Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache im Sinne des § 931 (RG 69, 43; Gruch 54, 1023; 26. 9. 14 V 153/14).

6. Auf die **Abtretung des Anspruchs** finden nach § 413 die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen entsprechende Anwendung. Sie kann auch stillschweigend bewirkt werden, die Umstände des Falles entscheiden (RG 54, 111; 135, 88; 29. 1. 18 VII 368/17). Keine Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der gestohlenen Sache ist in der bloßen Entgegennahme der Einbruchsdiebstahl-Versicherungssumme gefunden worden (RG 108, 110). Ebenso wird allein durch die Vereinbarung, daß der Brief über die einzutragende Hypothek dem beurkundenden Notar vom Grundbuchamt ausgehändigt werden soll, der gegen den Notar entstehende Herausgabeanspruch noch nicht an den künftigen Hypothekengläubiger abgetreten (RG 7. 10. 31 V 110/31). Zu geringe Anforderungen stellt RGSt Warn 1932 Nr 148, wo in der Einigung über den Eigentumsübergang ohne weiteres die Abtretung des Herausgabeanspruchs gesehen wird. Das Frachtbriefduplikat der Eisenbahn ist kein Traditionspapier im Sinne der in A 7 erwähnten. In seiner Übergabe an den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger der Ware kann aber entsprechend einer Anschauung des Verkehrs die Abtretung des Herausgabeanspruchs gefunden werden (RG JW 1926, 1922[22]), namentlich wenn sie kraft der Vertragsklausel „netto Kasse gegen Frachtbriefduplikat" nur gegen Zahlung des Kaufpreises bewirkt wird (RG 102, 97; Warn 1922 Nr 77). Nicht abgetreten wird aber der Herausgabeanspruch, wenn das Duplikat dem Empfänger der Ware nur „zu getreuen Händen" (RG 26. 2. 26 VI 531/25) oder wenn es an einen andern als den Empfänger der Ware übergeben wird; dieser Dritte wird dann auch nicht mittelbarer Besitzer der rollenden Ware (RG 13. 4. 23 VII 261/22). Zollniederlagescheine sind ebenfalls keine Traditionspapiere. Ihre Aushändigung überträgt aber in der Regel den Herausgabeanspruch, der hier beim Fehlen eines schuldrechtlichen, auf dem Gebiet des Privatrechts liegenden Rechtsverhältnisses nur aus § 985 abgeleitet werden kann (RG Warn 1933 Nr 22). Lagerscheine von Anstalten, die staatlich nicht zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigt sind, können nicht durch Indossament übertragen werden und sind deshalb ebenfalls keine echten Traditionspapiere (§§ 363, 424 HGB). Auch in ihrer Aushändigung kann die Abtretung des Herausgabeanspruchs gefunden werden (RG SeuffA 67 Nr 83 u. 152; JW 1926, 800[9]), eine feste Verkehrsanschauung hat sich darüber noch nicht gebildet; in der vom RG am 5. 12. 22 entschiedenen Sache VII 1/22 (Bd. 105 S. 413) hatten z. B. LG und OLG Hamburg verschieden geurteilt. Neuerdings hat RG 135, 89 aber schon in der Aushändigung von Lagerscheinen die vereinbarte Abtretung gefunden, trotzdem die — an sich vorgesehene — ausdrückliche Erklärung der Abtretung unterblieben war; vgl. auch RG 5. 6. 34 VII 2/34 und 15. 6. 34 VII 28/34. Der Depotschein einer Bank ist, auch wenn er an Order gestellt ist, kein Orderpapier im Sinne von § 363 HGB, nur Quittungs- und Legitimationsurkunde. In dem Giro liegt aber in der Regel das Abtreten des Herausgabeanspruchs RG 118, 38; LZ 1916, 1007; 2. 7. 06 IV 167/06). Wird dem Käufer ein Lieferschein übergeben, in welchem der Lagerhalter angewiesen wird, dem — vielleicht nicht einmal benannten — Käufer die Ware auszuantworten, so wird darin in der Regel nicht die Abtretung des Herausgabeanspruchs gefunden (RG 101, 299; 103, 151; Warn 1922 Nr 77; 4. 4. 24 VII 575/23; vgl. aber RG 49, 97), ebensowenig in der Mitteilung des Verkäufers an den Käufer, er habe die Ware für ihn bei dem Lagerhalter freigestellt (HansGZ 1921, 161). In diesen Fällen fehlt es schon an dem Übereignungswillen, der Verkäufer will sich vielmehr den Widerruf seiner Maßnahmen vorbehalten. Anders lag der RG 28. 1. 28 I 158/27 entschiedene Fall. A schenkte die bei einer Bank hinterlegten Wertpapiere formlos an C, schrieb der Bank, daß sie die Papiere auf C umschreiben solle, die Bank war einverstanden und auch C erklärte der Bank sein Einverständnis. Hier ist die Abtretung des Herausgebeanspruchs — von A an C — mit Recht angenommen worden, ein Widerruf sollte nicht vorbehalten werden und war nicht vorbehalten. Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 veräußert ist, kann dem neuen Eigentümer unter Berufung auf § 407 auch solche Einwendungen entgegensetzen, welche nach der Abtretung durch ein zwischen ihm und dem Veräußerer abgeschlossenes Rechtsgeschäft begründet werden, es sei denn, daß der Besitzer die Abtretung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte (RG 20. 6. 11 VII 600/10).

6 a. In den Geschäftsordnungen für das **Effekten-Giro-Depot** ist eine Übereignung der Miteigentumsanteile im Wege des § 931 nicht vorgesehen, obwohl sie nach der Rechtslage möglich ist, wie auch RG 139, 117 kurz bemerkt wird. Dem Eigentümer des Miteigentumsanteils als solchem steht gegen die Bank der dingliche Anspruch auf Herausgabe der gesamten im Miteigentum stehenden Stücke mit gewissen Maßgaben zu, §§ 1011, 985, 432. Außerdem hat er auf Grund des abgeschlossenen Verwahrungsvertrages — A 6 zu § 700 — gegen die Bank auch den schuld-

rechtlichen Herausgabeanspruch, der sich ebenfalls und mit denselben Maßgaben auf den Gesamtbestand der hinterlegten Stücke erstreckt. Die nach A 5 oben erforderlichen Herausgabeansprüche — wohl zu unterscheiden von dem gegenüber den andern Miteigentümern bestehenden Auseinandersetzungsanspruch — sind also vorhanden. Der rote Scheck und der „nur zur Verrechnung" gestellte weiße Scheck — A 7 a zu § 929 — enthalten aber keine Abtretungserklärung. Sie sind an die Bank gerichtet, der rote Scheck geht sogar unmittelbar an die Bank, und für diesen Geschäftsverkehr ist durch die Vertragsabrede in § 13 Abs 1 GeschO Schriftform gewillkürt, §§ 127, 126. Jeder Versuch, stillschweigende Erklärungen herauszudeuten, muß schon deshalb scheitern. Solche Erklärungen wären formungültig. — Wegen Erwerbs kraft guten Glaubens vgl. A 3 zu § 934.

7. **Traditionspapiere.** Über die Ersetzung der Übergabe der Sache durch Übergabe des Lagerscheins, des Ladescheins, des Konnossements an den durch die Urkunde ausgewiesenen Empfänger vgl. HGB §§ 424, 450, 647. Das Gut kann aber auch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs und Übergabe des nicht oder nicht richtig indossierten Scheines übertragen werden; allerdings werden dann die Einwendungen des Schuldners nicht nach HGB §§ 364, 365 beschränkt (RG 119, 218).

8. **Internationalprivatrechtliches.** Bei einer Veräußerung, die dem deutschen Recht unterliegt, ist die Wirkung der Abtretung des Herausgabeanspruchs auch dann nach deutschem Rechte zu beurteilen, wenn die Ware sich noch auf dem Wege ins Inland befindet (RG 16. 9. 11 I 321/10).

§ 932

[1]) Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache [2]) nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß [3]) er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde [4]), nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 989 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt [5]) hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört [6]) [7]).

E I 877 II 846; M 3 344—347; P 3 206—211; 4 589, 590.

1. **Erwerb vom Nichteigentümer. Hand muß Hand wahren. Erwerb durch guten Glauben.** Die Vorschrift schützt in Anwendung deutschrechtlicher Grundsätze den redlichen Erwerber vor den Folgen des Rechtsmangels auf seiten des Veräußerers dann, wenn er den Besitz von dem Veräußerer erlangt hat. Er erlangt nicht nur persönlichen Schutz, sondern wirkliches Eigentum, das Eigentum des bisherigen Eigentümers geht unter. Der veräußernde Nichteigentümer muß Eigentum haben übertragen wollen (LZ 1919, 611). Fehlt dieser Wille bei ihm, so ist es gleichgültig, was sich die andere Seite über das Eigentum an der Sache gedacht hat (RG DRZR 1933 Nr 1649). Er muß weiter zur Zeit der Einigung noch Besitzer gewesen sein oder den Besitz vorher auf den Käufer übertragen haben (RG 72, 309). Der redliche Erwerber soll keinen Schaden davon haben, daß er den Besitzer für den Eigentümer gehalten hat (RG 73, 128). Die Vorschrift ist streng auf die Fälle des § 929 beschränkt (RG 9. 5. 11 VII 56/10). Sie bezieht sich also nur auf den Eigentums-, nicht auf den Besitzerwerb. Besitz ist etwas Tatsächliches, er ist entweder vorhanden oder nicht vorhanden. Niemand kann durch den guten Glauben an den Besitz seines Vormanns Besitzer werden, wenn er den Besitz nicht wirklich erlangt (RG 105, 413). Ebensowenig kommt § 932 in Frage, wenn jemand nicht Fiduziareigentümer, sondern nur Fiduziarbesitzer werden soll (RG 111, 409). Die Vorschrift greift endlich auch nicht ein, wenn bei einer Sicherungsübereignung die Sache — vielleicht sogar vertragswidrig — weiterveräußert wird. Auch der Sicherungsnehmer ist wirklicher Eigentümer, einem Rechtsmangel braucht bei ihm nicht durch den guten Glauben des Erwerbers abgeholfen zu werden. Die Weiterveräußerung ist deshalb dinglich wirksam, auch wenn der Erwerber weiß, daß der Veräußerer nur Sicherungseigentümer ist — vorbehaltlich der §§ 826, 138 (RG 99, 143). — Zugunsten des wahren Eigentümers erleidet § 932 eine wesentliche Einschränkung durch § 935, eine geringere durch § 952, vgl. A 1 das.

Beim Erwerb durch einen Stellvertreter, der auch bei der das Einigsein begründenden Einigung über den Eigentumsübergang mitgewirkt hat, kommt es auf den guten Glauben des Vertreters, nicht den des Vertretenen an (§ 166 Abs 1). Dagegen ist es für die Frage des guten Glaubens bedeutungslos, wenn lediglich bei der Übergabe für den Erwerber ein Besitzdiener oder Besitzmittler tätig geworden ist, A 3 zu § 929. In diesen Fällen verbleibt es bei der Regel, daß der Erwerber selbst gutgläubig gewesen sein muß. Eine Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. ist hier nicht gegeben (RG 137, 27). Der Gerichtsvollzieher, der die Sache im Wege der Zwangs-

vollstreckung nach § 897 Abs 1 ZPO wegnimmt, ist nicht Vertreter, seine Bösgläubigkeit ist unschädlich (RG JW 1914, 863[3]; RG 90, 193; 95, 152).

Nur der Mangel des Eigentums auf seiten des Veräußerers wird nachgesehen, nicht das Fehlen sonstiger Voraussetzungen für die Gültigkeit des Geschäfts, also nicht das Fehlen der Volljährigkeit, der Geschäftsfähigkeit (RG 22. 11. 10 VII 611/09), das Fehlen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis (RG 3. 12. 20 VII 231/20; 12. 1. 23 VII 100/22), der Vollmacht des Vertreters (RG 106, 44) (anders auf dem Gebiete des Handelsrechts; vgl. HGB § 366, der gegebenenfalls auch neben § 932 anwendbar ist, RG 12. 7. 32 VII 114/32). Zweifelhaft könnte sein, ob nicht aus dem Schutze des gutgläubigen Erwerbers gegen den Mangel des Eigentums des Veräußerers auf den gleichen Schutz in dem Falle geschlossen werden muß, wenn dem Veräußerer nicht das Eigentum fehlt, sondern nur die Verfügung beschränkt ist. Im Falle der Verfügungsbeschränkung durch gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot ist dem redlichen Erwerber im § 135 Abs 2 und im EG Art 61 ausdrücklich der Schutz gewährt, im Falle der Beschränkung der Verfügung der Ehefrau über ihr eingebrachtes Gut wird durch § 1404 dem redlichen Erwerber der Schutz versagt — bei Verfügungen der Frau über Sachen des Mannes wird § 932 natürlich wirksam — und nach § 7 KO muß auch dem, der ohne Kenntnis der Eröffnung des Konkursverfahrens einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand gutgläubig vom Gemeinschuldner erwarb, der Schutz versagt werden. Bei dem Schweigen des § 932 ist die aufgeworfene Frage zu verneinen (RG 100, 194). Wenn aber einer von mehreren Miterben entgegen den Vorschriften des § 2033 über einen Nachlaßgegenstand verfügt, so beruht die Unwirksamkeit einer derartigen Verfügung nicht sowohl auf dem Mangel der Verfügungsbefugnis als vielmehr auf dem Mangel des Alleineigentums, § 932 ist also anzuwenden (RG Warn 1918 Nr 212; RG 67, 27). Auch für öffentliche Versteigerungen, welche von privater Seite veranstaltet werden, gilt § 932; wer darin eine Sache ersteht und weiß, daß der Veranstalter Nichteigentümer ist, wird nicht Eigentümer (OLG 31, 325; vgl. auch § 935 Abs 2). Wird dagegen eine ordnungsmäßig gepfändete oder eine von der Zollbehörde beschlagnahmte Sache öffentlich versteigert oder freihändig verwertet, so weiß jeder, daß er vom Nichteigentümer erwirbt, § 932 in seinem eigentlichen Sinne ist unanwendbar; die bisherigen Eigentumsrechte gehen durch die Verfügung der öffentlichen Hand unter. Nur soweit eine ordnungsmäßige Pfändung oder Beschlagnahme nicht vorliegt, kommt der gute Glaube des Erwerbers in Betracht, aber nur in bezug auf die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens und die Verfügungsbefugnis des Staatsorgans (HRR 34 Nr 807 und dazu RG 5. 6. 34 VII 2/34). — Weiß jemand, daß er vom Nichteigentümer erwirbt, hält er aber den Dritten, welcher der Veräußerung zustimmt (§ 185), für den Eigentümer, so wird er durch § 932 nicht geschützt. Ihm fehlt der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers.

Wer als Sicherungsnehmer nach § 932 Eigentum vom Nichteigentümer erworben hat, kann Eigentum weiterübertragen. Übereignet er die Sache an den Sicherungsgeber, so wird dieser, der früher Nichteigentümer war, nunmehr auch selbst Eigentümer. Das ist unbedenklich, wenn die zweite Übereignung mit der ersten in keinem rechtlichen Zusammenhang steht, muß aber auch gelten, wenn der Sicherungsnehmer nach Empfang der ihm geschuldeten Summe das Eigentum zurücküberträgt. Das Eigentum des ursprünglichen — dritten — Eigentümers ist untergegangen, als der Sicherungsnehmer Eigentum erwarb, und kann nicht wiederaufleben; der Sicherungsgeber ist auch nicht schlechtgläubig im Sinne des § 932, denn sein nunmehriger Vormann, der Sicherungsnehmer, ist wirklicher Eigentümer. Der ursprüngliche — dritte — Eigentümer ist auf etwaige persönliche Ansprüche gegen den zum Eigentümer gewordenen Sicherungsgeber beschränkt. Ob die Sache ebenso liegt, wenn jemand auf Grund eines Kaufvertrages vom Nichteigentümer Eigentum erworben hat, später wandelt und unter Aufgabe seines Eigentums die Sache zurückgibt, ist zweifelhaft. Die frühere Auflage bejahte die Frage. Richtiger ist sie wohl zu verneinen, weil es dem Wandelnden nur auf die Herstellung der früheren Verhältnisse ankommt.

2. Sache. Die Grundsätze der §§ 932 ff. erstrecken sich nicht auf den Erwerb von Rechten (RG 115, 307) oder von Forderungen (RG LZ 1917, 459[7]), auch nicht auf den Erwerb eines ganzen Geschäfts als eines Inbegriffs von Sachen und Rechten (RG 93, 227). Alles das sind keine Sachen im Sinne des BGB. Ebenso ist das Eigentum an der Nummer einer Kraftdroschke wohl eine wirtschaftlich verwertbare Macht, die wie ein Vermögensrecht wirkt, aber keine Sache (OLG 26, 65). Wohl aber sind Lotterielose als Inhaberpapiere (RG JW 1912, 861[19]) Sachen, § 932 kann also auch hier eingreifen (RGSt 67, 67).

3. es sei denn, daß: diese Fassung zeigt, daß der Erwerber der Beweislast für seinen guten Glauben enthoben ist. Der Gegner hat ihm zu beweisen, daß er nicht in gutem Glauben war (RG Warn 1912 Nr 167; RG 133, 188). Anders liegt die Beweislast, wenn der hauptstädtische Bankherr trotz der ihm vom Provinzbankherrn gemachten Mitteilung, daß die übersandten Papiere fremde seien, auf Grund seines guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis des Provinzbankherrn (§ 366 HGB) das allgemeine Pfandrecht an den Papieren erworben haben will (§ 8 des sogenannten Bankdepotgesetzes v. 5. 7. 96 in der Fassung der VO vom 21. 11. 23, RGBl I 1119). Dann muß er seinen guten Glauben beweisen (RG 87, 329; 71, 337).

4. Der **gute Glaube** muß in dem **Zeitpunkt** vorhanden sein, in dem das Eigentum übergehen würde, wenn der Veräußerer wirklich Eigentümer wäre (RG SeuffA 85 Nr 115; 25. 3. 24 VII 227/23), also bei der aufschiebend bedingten oder befristeten Übertragung in dem Zeitpunkt, in welchem die Frist oder Bedingung sich erfüllt. Wer eine Sache auf Abzahlung und unter der Bedingung gekauft und übergeben erhalten hat, daß er Eigentum erst mit der Zahlung der letzten Rate erwerben soll, erwirbt das Eigentum also nicht, wenn er auch nur vor Zahlung der letzten Rate erfährt, vom Nichteigentümer gekauft zu haben. Der gute Glaube bei dem Kaufabschluß, der Übergabe und dem Einigwerden über den künftigen Eigentumsübergang entscheidet nicht. Das kann gelegentlich unbillig wirken, gegenüber dem völlig klaren Wortlaut des Gesetzes ist aber an den gezogenen Folgerungen nichts zu ändern. — Wird der Erwerber nach dem entscheidenden Zeitpunkt schlechtgläubig, so schadet es ihm nichts, wird er danach gutgläubig, so nützt es ihm nichts (RG Warn 1911 Nr 157).

5. **von dem Veräußerer erlangt,** d. h. von dem Veräußerer eingeräumt erhalten. Durch verbotene Eigenmacht erlangter Besitz kann nicht als „vom Veräußerer" erlangt angesehen werden. Im übrigen entscheidet die erstmalige tatsächliche Einräumung des Besitzes. Der Erwerber erlangt die Sache von dem Veräußerer, wenn die Kutscher von dessen Lieferungsfirmen auf sein Geheiß die Ware nicht bei ihm selbst, sondern bei dem Erwerber anfahren (RG 4. 10. 32 VII 22/32). Wer aber von A Sachen des B verpfändet und übergeben erhält, erlangt den Besitz von A. Dabei bleibt es auch dann, wenn hinterher B die Verpfändung und Übergabe genehmigt. Es kann also der Pfandnehmer Eigentum an den Sachen nach § 932 Abs 1 Satz 2 nicht erwerben, wenn er später mit B über den Übergang des Eigentums einig wird, B aber inzwischen aufgehört hat, Eigentümer zu sein (RG Warn 1925 Nr 6). Hat A Ware bei C eingelagert und später den mittelbaren Besitz auf B übertragen, so kann C von dem Nichteigentümer B Eigentum kraft guten Glaubens nicht erwerben, weil er den unmittelbaren Besitz nicht von B erlangt hat (RG Warn 1929 Nr 182 betr. den gleichliegenden Fall eines vertragsmäßigen Pfandrechts). Wegen Anwendung dieser Grundsätze auf den Effekten-Giro-Verkehr und die Rechtsverhältnisse, welche dabei durch den roten oder den „nur zur Verrechnung" gestellten weißen Scheck geschaffen werden, vgl. A 7 a zu § 929.

6. **Grobe Fahrlässigkeit** ist eine besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, es muß etwas unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem einleuchten mußte (RG 141, 129ff.; 4. 12. 11 IV 179/11; Warn 1913 Nr 325 u. 359). Wer zwar die entscheidenden Tatsachen kennt, sie aber aus einem nicht selbst auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Rechtsirrtum falsch beurteilt, befindet sich in gutem Glauben (RG 74, 354; Warn 1914 Nr 253). Der sog. Eventualdolus bildet keinen besonderen Fall des Ausschlusses von gutgläubigem Erwerb; der wirklichen Kenntnis vom Nichteigentum steht er nicht gleich, auch er ist also nur für die Frage der groben Fahrlässigkeit erheblich (RG 20. 4. 26 VI 45/26). Ob solche vorliegt, ist von den Umständen des Falles abhängig. Schlechte Gewohnheiten des Handels aus der Kriegs- und Nachkriegszeit sind bei der Frage nach dem guten Glauben jedenfalls nicht zu beachten (RG 8. 10. 26 VI 205/26). Ergeben sich hinreichende Verdachts- und Zweifelsgründe, und setzte sich der Erwerber über diese hinweg, um im Dunkeln zu bleiben, so muß ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden (RG 6. 2. 06 VII 248/05; 28. 12. 06 VII 105/06; RG Warn 1912 Nr 167). Aber auch sonst leichtsinniges Verhalten des Erwerbers kann ihn grob fahrlässig erscheinen lassen. So wenn ein Bankherr ein sicheres Papier von einem Unbekannten unter Preis erwirbt oder erst viel später fällig werdende Zinsscheine ohne die Mäntel (OLG 18, 138), oder wenn er Wertpapiere erwirbt, zu denen auffälligerweise die Zinsscheine fehlen (RG 58, 162). Grobe Fahrlässigkeit ist ferner ohne Beanstandung schon darin erblickt worden, daß der Käufer, ohne sich näher zu erkundigen, von einem, wie er wußte, stark verschuldeten Verkäufer eine neue Gastwirtschaftseinrichtung kaufte (RG 5. 1. 11 VII 241/10), daß er wertvolle Sachen von einem stark verschuldeten Vertragsgegner ohne nähere Prüfung des nicht weit zurückliegenden Erwerbsgeschäftes erwarb (RG 13. 10. 11 VII 69/11). Anderseits ist ausgesprochen, daß, wenn keine verdächtigen Umstände vorliegen, einem Bankherrn gegenüber Personen, die durch den Besitz von Inhaberpapieren zur Geltendmachung der Rechte daraus befugt erscheinen, nicht noch eine besondere Ausweisprüfung zugemutet werden kann (RG 67, 27; vgl. aber auch RG im Recht 1919 Nr 2524). Im freien Handel ist der Verkauf von Wertpapieren ungewöhnlich, sie können gestohlen sein und der Ankäufer muß deshalb die entsprechenden Blätter einsehen (RG 6. 12. 22 I 7/22). Bei dem Erwerb von Kraftwagen aus zweiter Hand ist zu beachten, daß die Geschäfte sie regelmäßig auf Abzahlung und unter Eigentumsvorbehalt verkaufen (RG 28. 9. 28 VII 697/27). Neuerdings treten Anstalten auf, welche den Ankauf von Kraftwagen finanzieren und sich dabei das gekaufte Auto zur Sicherheit übereignen lassen. Hier ist wesentlich, unter welchen Bedingungen sie den Weiterverkauf gestatten und ob diese Bedingungen allgemein oder wenigstens in den beteiligten Kreisen bekannt sind (RG Warn 1932 Nr 150). Für den gesamten Handel mit gebrauchten Wagen wird von einschneidendster Bedeutung sein der **Kraftfahrzeugbrief,** wie er durch die VO des Reichsverkehrsministers über Kraftfahrzeugverkehr v. 11. 4. 34 (RGBl I 303) eingeführt ist. Nach der Ausführungsanweisung v. 11. 4. 34 (RMinBl 319ff.) soll dieser Brief

usgesprochenermaßen auch dazu dienen, Handhaben zur Sicherung des Eigentums am Kraftfahrzeug zu schaffen (Nr 1 Abs 1); der Brief muß bei jedem Eigentumswechsel der Zulassungsstelle vorgelegt werden, das Fehlen des Briefs zeigt dann den unrechtmäßigen Erwerb an (Nr 1 Abs 3); immerhin bleibt die Sicherung des Eigentums auf die Sammlung und Vermittelung von Nachrichten beschränkt, die Sammelstelle und die Zulassungsstelle prüfen die Eigentumsverhältnisse nicht selbst, der wahre Eigentümer muß seine Rechte von sich aus verfolgen (Nr 1 Abs 4). Bei erstmaliger Zulassung eines Wagens nach dem 30. 4. 34 muß der Kraftfahrzeugbrief dem Antrag beigefügt werden (Art I der VO), die vor dem 1. 5. 34 zugelassenen Wagen sollen erst allmählich damit ausgerüstet werden (Art II der VO). Es wird schließlich der Zustand herbeigeführt werden, daß im Zweifel jeder grob fahrlässig im Sinne des § 932 handelt, der einen gebrauchten Wagen erwirbt, ohne daß ihm der Kraftfahrzeugbrief mit übergeben wird. — Eine Großfirma, welche weiß, was ein Ladeschein bedeutet, muß sich um dessen Verbleib kümmern und darf trotz seines Fehlens die Ladung nicht ohne weiteres entgegennehmen (RG 119, 219). Unerheblich ist es, ob der Erwerber bei den gebotenen Nachforschungen den wahren Sachverhalt unter allen Umständen erfahren hätte: der wahre Eigentümer braucht das nicht nachzuweisen und der Erwerber kann sich nicht damit entschuldigen, daß er doch nichts erfahren hätte (RG 143, 14ff.). Fallen Vertrag und Übergabe auseinander, und muß also der gute Glaube auch noch zur Zeit der Übergabe (oben A 4) vorhanden sein, so besteht eine etwa vorhandene Nachforschungspflicht auch bis zur Übergabe weiter (JW 1934, 992[3]). Dasselbe muß in den Fällen der aufschiebend bedingten oder befristeten Übertragung gelten (oben A 4). — Zu Vorstehendem ist aber zu bemerken, daß die Ausführungen des Reichsgerichts in den angezogenen Urteilen, auch wenn sie allgemeiner klingen, im wesentlichen doch auf die Umstände des einzelnen Falles abgestellt sind und deshalb nicht unbedingte Gültigkeit für alle Fälle beanspruchen (RG Warn 1932 Nr 9, 4. 10. 32 VII 22/32). So wird man von einem Bankherrn, der ein Lombardgeschäft vornimmt, eine strengere Prüfungspflicht verlangen, als von einem Spediteur, der Ware zur Beförderung annimmt und sich dabei ein Pfandrecht bestellen läßt (RG 141, 129ff.). Mit Recht wird hier auch gesagt, daß die eingetretene wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse zu beachten ist; wenn früher ausgesprochen sei, daß ein Prüfung nur gefordert werden könne, falls Anhalt für einen Verdacht vorliege, daß beim Auftreten eines zuverlässigen älteren Kunden kein Grund zum Mißtrauen gegeben sei (RG 135, 85; JW 1927, 1683; Warn 1932 Nr 9), so könne das nicht mehr unbedingt gelten. Anderseits dürfen die zeitgemäß verschärften Anforderungen aber auch nicht überspannt werden, es muß berücksichtigt werden, was die ordnungsmäßige Abwickelung des Verkehrs verlangt. Der vom Gesetz vermutete gute Glaube darf nicht dadurch einfach ausgeschaltet werden, daß man dem Erwerber geradezu ansinnt, er möge sich das Eigentum des Veräußerers einwandfrei nachweisen lassen (RG Warn 1932 Nr 9).

7. **Verwertung von Militärgut:** VO v. 23. 5. 19 (RGBl 477). Nach dieser Verordnung dürfen nur bestimmte Stellen Militärgut veräußern. Hat jemand von einer andern Stelle gekauft, so kann ihm der gute Glaube an deren Veräußerungsbefugnis nichts helfen (vgl. oben A 1 Abs 3). Die Verordnung geht aber noch weiter: Hat jemand von einer falschen Stelle Militärgut gekauft, so kann von ihm auch ein gutgläubiger Dritter, d. h. ein Dritter, der an das Eigentum seines Vormanns glaubt, Eigentum nicht erwerben. Die Regeln über den Eigentumserwerb im guten Glauben sind im Rahmen der Verordnung ausgeschaltet. Wer also sein Eigentum an vermutlichem Militärgut zu beweisen hat, muß dartun, daß entweder er selbst es von einer zuständigen Stelle erworben hat oder daß einer seiner Vormänner auf diese Weise bereits das Eigentum erlangt hatte (RG 105, 295; 106 S. 45, 352). Wertvolle Personenkraftwagen fallen nicht als „Gegenstände des täglichen Bedarfs" unter die Ausnahmevorschrift des § 1 Abs 2 Satz 1 der VO (RG JW 1922, 1722[4]; 16. 12. 24 VI 269/24). — Die „Anforderung" im Sinne des § 2 Satz 1 der VO kann vor dem Inkrafttreten der VO liegen und schon in der Bestellung der Sachen bei der Fabrik in Verbindung mit der Aussonderung des Rohmaterials und dem Beginn der Herstellung der Ware gefunden werden (RG 27. 2. 25 VI 415/24). — Wie sich aus RG 107, 320 (VZS) und 112, 233 ergibt, hat die Entscheidung des Reichsministers der Finanzen, ein Anspruch sei abzugelten, die Wirkung, daß er zwar seiner Natur als Rechtsanspruch entkleidet wird und in seiner bisherigen Gestalt erlischt, daß aber an seine Stelle ein unklagbarer Anspruch auf eine Entschädigung nach billigem Ermessen tritt. Über diesen umgestalteten Anspruch kann sich das Reich vergleichen und es kann dabei, wenn es selbst von einem Dritten verlangen darf, von den Ansprüchen des Abgeltungsberechtigten befreit zu werden, diesen Berechtigten gegen Verzicht auf alle Ansprüche an das Reich durch Abtretung des eigenen Befreiungsanspruchs so stellen, daß ihm der Anspruch, wie er vor Einleitung des Abgeltungsverfahrens bestand, nunmehr gegen den Befreiungspflichtigen zusteht (RG 20. 12. 27 VII 363/27).

Nebenbei bemerkt: **Im Rechtswege verfolgbar** sind die Klagen auf Feststellung des Eigentums an vermutlichem Militärgut, auf Herauszahlung des Erlöses von verwertetem Militärgut oder auf Ersatz weitergehenden Schadens. Nicht im Rechtsweg verfolgbar ist die Klage auf

Herausgabe des von der Behörde sichergestellten Militärguts, solange die Sicherstellung nicht aufgehoben ist (RG 105 S. 192 u. 276; 106, 352; 108, 244).

§ 933

Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird [1]), es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist [2]) [3]).

E I 879 II 847; M 3 345; P 3 206—210.

1. **Nachträglicher Eigentumserwerb durch gutgläubige Besitzerlangung.** Ist zum Zwecke der Eigentumsübertragung der Weg des § 930 eingeschlagen, also der unmittelbare Besitz dem Veräußerer vorbehalten, dem Erwerber nur der mittelbare Besitz eingeräumt, so gewährt das Gesetz dem gutgläubigen Erwerber nicht den gleichen Schutz wie im Falle des § 929. Der Erwerber wird trotz seines guten Glaubens, trotz der Einigung und trotz der Erlangung des mittelbaren Besitzes nicht Eigentümer. Die Vorschrift des § 933 bringt zum Ausdrucke, daß in einem solchen Falle der Erwerber nachträglich das Eigentum erlangt, wenn ihm nachträglich der unmittelbare Besitz vom Veräußerer eingeräumt wird. Der Grund ist der, daß nunmehr nachträglich die Voraussetzungen des § 929 vorliegen. Deshalb gilt hier auch alles, was in A 3 zu § 929 ausgeführt ist, nämlich daß auch dritte Personen bei der Übergabe auf Seiten des Erwerbers mitwirken können, sei es als Besitzdiener, sei es als Besitzmittler. Auch damit ist das erreicht, worauf es ankommt, daß nämlich der Veräußerer den Besitz völlig verliert und der Erwerber ihn erlangt, sei es als unmittelbaren, sei es als mittelbaren, aber nicht durch den Veräußerer vermittelten. In beiden Fällen kommt es auf den guten Glauben des Erwerbers an, denn eine wirkliche Stellvertretung, welche die §§ 164ff. anwendbar machen könnte, gibt es beim Besitzerwerb nicht (RG 137, 26). Wenn RGSt Warn 1932 Nr 148 kurz bemerkt, daß für § 933 nur die Übertragung des unmittelbaren Besitzes genüge, so ist, wie die Gründe ergeben, als Gegensatz nur an einen durch den Veräußerer vermittelten mittelbaren Besitz gedacht.

Der dingliche Vertrag, d. h. die Einigung über den Eigentumsübergang braucht bei der Übergabe nicht wiederholt zu werden, aber das einmal herbeigeführte Einigsein muß noch fortbestehen. In RG 81, 141 wird bemerkt, es sei für § 933 selbstverständlich, daß bisheriger mittelbarer Besitz des Erwerbers auf Grund des Veräußerungsgeschäfts in unmittelbaren Besitz umgewandelt werden solle. Dem ist beizupflichten in dem Sinne, daß die Übergabe nicht im Hinblick auf einen andern Rechtsgrund stattfinden darf. Das trifft z. B. zu, wenn der Veräußerer die nach § 930 übereignete Sache, welche er von dem Erwerber gemietet hat, diesem seinerseits leiht. Es fehlt dann schon an dem oben aufgestellten Erfordernis, daß der Veräußerer jeglichen Besitz verliert, er behält mittelbaren Besitz auf Grund des Leihvertrages, während der Erwerber einerseits unmittelbarer Besitzer auf Grund des Leihvertrages wird, anderseits aber auch — weiterer — mittelbarer Besitzer auf Grund des Mietvertrages bleibt. In dem RG 81, 141 entschiedenen Falle war über die streitigen Sachen kein Veräußerungsvertrag geschlossen, ein solcher Vertrag war deshalb auch nicht nach § 930 erfüllt worden, die spätere Übergabe der Sachen an den Erwerber, welche der Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Veräußerers in Anerkennung eines angeblichen Aussonderungsanspruchs vornahm, konnte also zu einem Eigentumserwerb nach § 933 überhaupt nicht führen. Wären die fehlenden Voraussetzungen aber vorhanden gewesen, so hätte die Übergabe durch den Konkursverwalter als Übergabe durch den Veräußerer gewirkt und der gutgläubige Erwerber hätte das Eigentum erlangt, vgl. SeuffA 70 Nr 154. Dasselbe Ergebnis würde erzielt werden, wenn in dem obigen Beispiel die Beteiligten bei fortdauernder Einigkeit über den Eigentumsübergang den Miet- und den Leihvertrag aufhöben. Dann wäre die Sache zwar nicht im Sinne von §§ 929 Satz 1, 931 „übergeben" worden, es lägen aber die Voraussetzungen § 929 Satz 2 vor und der Erwerber hätte auch „den Besitz von dem Veräußerer erlangt", § 932 Abs 1 Satz 2. Anders läge die Sache aber, wenn der Erwerber die Sache nicht vom Veräußerer entliehen, sondern ihm einfach weggenommen und wenn die Beteiligten später den Mietvertrag aufgehoben hätten. Dann wäre die Sache dem Erwerber weder „übergeben" worden, noch hätte er „den Besitz von dem Veräußerer erlangt", denn er hätte sie durch verbotene Eigenmacht an sich gebracht, A 5 zu § 932. In diesem Falle müßte also der Schutz des guten Glaubens versagen.

Ist zum Zweck der Eigentumsübertragung ein Besitzkonstitut an einem Inbegriff von Sachen bestellt, so kann eine körperliche Übergabe, die bei vorhandenem guten Glauben auch das Eigentum an etwaigen fremden, zu dem Inbegriff gehörigen Sachen verschaffte, nicht in der Weise herbeigeführt werden, daß der mittelbare Besitzer die Räume mietet, in welchen sich die Sachen befinden, sich die Schlüssel aushändigen läßt, sie aber alsbald dem unmittelbaren Besitzer zurückgibt. Das BGB kennt eben keine „symbolische Übergabe", eine wirkliche liegt nicht vor (RG 2. 7. 20 VII 23/20).

2. Der **gute Glaube** muß im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sein. Der Fall, daß der

Erwerber zwar bei dem Abschluß des Besitzkonstituts schlechtgläubig, aber bei der Übergabe gutgläubig ist, kann vorkommen, z. B. wenn die Person seines gesetzlichen Vertreters gewechselt hat. Unter solchen Umständen kann Eigentum nach § 933 erworben werden.

3. Ob der Veräußerer unmittelbarer Besitzer oder selbst schon **mittelbarer** Besitzer ist, § 871, macht für die Anwendung des § 933 keinen Unterschied.

§ 934

Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist [1]) [2]) [3]).

E II 847; P 3 208—211; 6 263, 264, 335.

1. **Schutz des redlichen Erwerbers im Falle der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs.** Die Vorschrift unterscheidet zwei verschiedene Fälle. Beiden gemeinsam ist, daß dem Veräußerer als Nichteigentümer der Sache der durch § 985 dem Eigentümer gewährte Herausgabeanspruch nicht zusteht, dessen Abtretung nach § 931 die Übergabe ersetzen könnte. Der erste der beiden Fälle erfordert aber einen wirklich bestehenden mittelbaren Sachbesitz, also auch den wirklichen Bestand eines auf einem der Rechtsverhältnisse im Sinne des § 868 beruhenden Herausgabeanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer. Der bloße Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Übergabe der Sache genügt hier also z. B. nicht. Das vom Gesetz geschützte Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum der Veräußerers beruht in diesem ersten Falle auf der in der Abtretung des Herausgabeanspruchs liegenden Behauptung des Veräußerers, daß er Eigentümer sei, und auf dem dafür sprechenden Besitzverhältnis. Dieses wird nach §§ 870, 931 (A 5 das.) vom Veräußerer auf den Erwerber übertragen, diese Übertragung wirkt wie die Übergabe im Falle des § 932 und macht den Erwerber zum Eigentümer, sofern er nicht zur Zeit der Abtretung bösgläubig ist. Ohne Belang ist es dabei, ob der veräußernde Nichteigentümer der alleinige mittelbare Besitzer ist, oder ob hinter ihm noch weitere mittelbare Besitzer stehen. Es kann also in dem Beispielsfall, welcher A 1 Abs 2 zu § 933 erörtert ist, derjenige, welcher die Sache vom Eigentümer gemietet, sie ihm dann aber wieder geliehen hat, das Eigentum an der Sache auf einen gutgläubigen Dritten übertragen, indem er ihm den Anspruch auf Herausgabe der geliehenen Sache abtritt. Daß dabei der unmittelbare Besitzer, gegen welchen sich der Anspruch richtet, gleichzeitig der wirkliche Eigentümer ist, macht nichts aus, wie vom **RG** Gruch 53, 692 für den zweiten Fall des § 934 ausgesprochen ist. Erwähnt seien auch zwei andere Fälle. Wenn der Nichteigentümer A die Sache nach § 930 an B veräußert und B, der dadurch trotz etwaigem guten Glauben zwar nicht Eigentümer, aber jedenfalls mittelbarer Besitzer geworden ist, seinerseits die Sache durch Abtretung des ihm gegen A zustehenden Herausgabeanspruchs an den gutgläubigen C weiterveräußert, so wird C nach Fall I des § 934 Eigentümer. Dasselbe tritt ein, wenn der Nichteigentümer A die Sache dem C zunächst nach § 930 übereignet, dann aber B zum unmittelbaren, sich selbst zum mittelbaren Besitzer macht und schließlich den ihm nunmehr gegen B zustehenden Herausgabeanspruch an den gutgläubigen C abtritt. Diese Folgen sind nicht abzulehnen, weil das Gesetz in diesem ersten Falle von jeder sichtbaren Änderung der Besitzverhältnisse absieht und sich mit der nackten Abtretung des dem mittelbaren Besitzer — wirklich — zustehenden Herausgabeanspruchs begnügt.

Der zweite der Fälle des § 934 sieht von dem Erfordernis eines wirklich bestehenden mittelbaren Sachbesitzes ab, setzt aber voraus, daß der unmittelbare Besitzer in ersichtlicher Anerkennung einer, sei es auf dem Eigentum, sei es auf einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 beruhenden Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an den Veräußerer dem Erwerber auf die geschehene Abtretung hin den Besitz an der Sache einräumt (**RG** 89, 350). Das geschützte Vertrauen des Erwerbers beruht hier zwar nicht, wie im ersten Falle, auch auf einem für das Eigentum sprechenden Besitzverhältnis, wohl aber auf der vom unmittelbaren Besitzer ausgehenden Anerkennung einer — allerdings nicht bestehenden — Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an den Veräußerer. Die Abtretung des Herausgabeanspruchs bleibt in diesem zweiten Falle zunächst überhaupt wirkungslos, erst die spätere Erlangung des Besitzes macht den Erwerber zum Eigentümer, sofern er nicht zu dieser Zeit bösgläubig ist. Ob der Veräußerer sich für den Eigentümer hält oder nicht, ist gleichgültig, der gute Glaube des Erwerbers wird geschützt, nicht der des Eigentümers (**RG** 89, 349f.; 135, 84; JW 1926, 800[9]; 1932, 3763[4]). Die sonst übereinstimmende Entscheidung **RG** 138, 268 fordert guten Glauben zur Zeit der Abtretung und des Besitzerwerbs. Das ist im Gesetz nicht begründet. Wenn es sagt, daß der gute Glaube „zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbs" vorhanden sein müsse, so bezieht sich der erstere Zeitpunkt auf Fall I, der letztere — und nur dieser — auf Fall II des § 934. Immer, wie auch sonst in den §§ 932f. muß der gute

Glaube in dem für den Eigentumserwerb maßgebenden Zeitpunkt vorhanden sein. — Im Gegensatz zu § 933 spricht § 934 für Fall II nicht von „Übergabe", sondern von „Erlangung des Besitzes". Das ist ein gewollter und betonter Unterschied (RG Gruch 53, 692f.). Die Erlangung des Besitzes umfaßt zwar die Übergabe, sie reicht aber noch darüber hinaus. Zur Erläuterung des Begriffs ist deshalb in erster Linie auf alles das zu verweisen, was in A 3 und A 4 zu § 929 und in A 1 zu § 933 zur Übergabe gesagt und weiter über die Mitwirkung dritter Personen dabei und endlich darüber ausgeführt ist, daß trotz solcher Mitwirkung der Erwerber gutgläubig sein muß. Unter „Erlangung des Besitzes" fällt es aber auch, wenn der unmittelbar besitzende Dritte dem Erwerber nur mittelbaren Besitz einräumt, welchen er, der Dritte, selbst vermittelt. Als „Übergabe" kann ein solcher Vorgang nicht anerkannt werden, A 4 zu § 929, wo auch **RG** 137, 26 besprochen ist. Daß das Erlangen eines derartigen mittelbaren, vom Dritten selbst vermittelten, Besitzes für Fall II des § 934 genügt, steht in der Rechtsprechung seit langer Zeit fest (**RG** 89, 349; 135, 75; 137, 26; 138, 267; JW 1926, 800[9]; 1932, 3763[4]; Gruch 53, 693; vgl. auch **RG** 5. 6. 34 VII 2/34 und 15. 6. 34 VII 28/34). — Auch für Fall II ist es gleichgültig, ob etwa der Dritte, von welchem der Erwerber den Besitz erlangt, der wirkliche Eigentümer der Sache ist (**RG** Gruch 53, 693).

2. Da es mittelbaren **Nebenbesitz** nicht gibt (vgl. A 2 Abs 2 und A 6 Abs 3 zu § 868) braucht die Frage nicht erörtert zu werden, ob der Erwerb solchen Besitzes ein genügender Besitzerwerb im Sinne von Fall II des § 934 wäre. Zu beachten ist mit Rücksicht auf das aaO. Ausgeführte, daß zum Erwerb des Eigentums nach Fall II des § 934 das Erlangen des mittelbaren Besitzes genügend, sein Behalten nicht erforderlich ist. Wenn also der neue Eigentümer seinen mittelbaren Besitz später dadurch wieder verliert, daß der unmittelbare Besitzer einen neuen mittelbaren Besitz begründet, sei es des früheren mittelbaren Besitzers, sei es den einer dritten Person, so geht dadurch allein das erworbene Eigentum nicht wieder verloren. Das tritt erst ein, wenn die notwendigen Unterlagen dafür gegeben sind, daß ein anderer kraft guten Glaubens Eigentum an der Sache erwirbt.

3. Wenn ein **mittelbarer Besitzer** sein Eigentum an der Sache übertragen will, stehen ihm die in A 1 zu § 870 und A 2 zu § 931 erwähnten **drei Wege** offen. Wählt er die des § 931 oder des § 930, so ergeben sich für die Frage, inwieweit ein gutgläubiger Erwerber auch beim Erwerb vom Nichteigentümer Eigentum erlangt, keine Besonderheiten, oben A 1 und A 3 zu § 933. Wählt er aber den dritten Weg, weist er also den unmittelbaren Besitzer an, den bisherigen mittelbaren Besitz für den Veräußerer zu beenden und mit dem Erwerber ein neues Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 zu vereinbaren, so scheint eine Schwierigkeit aufzutreten. Der Eigentumsübergang vollzieht sich, wie in A 2 zu § 931 dargelegt, trotzdem an sich mehr geschieht, als die Vorschrift erfordert, schließlich doch nach § 929 Satz 2, der Erwerber erlangt den Besitz der Sache aber nicht vom Veräußerer, sondern von dem unmittelbaren Besitzer und deshalb kann § 932 Abs 1 Satz 2 nicht zu seinen Gunsten eingreifen. Es wäre eine unleugbare und den herrschenden Auffassungen von Treu und Glauben widersprechende Härte, wenn es dabei sein Bewenden behalten müßte. Es treffen indessen die Vorschriften des § 934 zu, und zwar sogar beide nebeneinander. Der veräußernde Nichteigentümer behauptet, Eigentümer zu sein, und dafür spricht der wirklich bestehende mittelbare Besitz, Fall I, dafür spricht aber auch, daß der unmittelbare Besitzer nach der an ihn ergangenen Weisung handelt und in ersichtlicher Anerkennung einer Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an den Veräußerer dem Erwerber den Besitz der Sache einräumt, Fall II. Gewisse Unterschiede bleiben, sie sind aber dem Erwerber günstig. Der Veräußerer bekräftigt seine Eigentumsbehauptung nicht durch Abtreten des Herausgabeanspruchs, einen Vorgang, der sich nur zwischen Veräußerer und Erwerber abspielt, sondern durch seine nach außen gerichtete Weisung an den unmittelbaren Besitzer. Dieser Betätigung wohnt die größere Überzeugungskraft inne. Für Fall II kommt außerdem in Betracht, daß der vom unmittelbaren Besitzer anerkannte Herausgabeanspruch wirklich besteht, daß der Veräußerer also eine bessere Rechtsstellung hat, als Fall II voraussetzt. Das kann dem Erwerber nicht nachteilig sein. Die anzuerkennenden Unterschiede machen ihn im Gegenteil des Schutzes noch würdiger. Von einer die Ausnahmevorschriften des § 934 unzulässig ausdehnenden Anwendung des Gesetzes wird man hiernach nicht sprechen können. Die entwickelten Grundsätze kommen bei dem **Effekten-Giro-Verkehr** demjenigen zugute, welcher den Miteigentumsanteil durch roten oder durch „nur zur Verrechnung" gestellten weißen Scheck erwirbt, vgl. A 6a zu § 931.

§ 935

[1]) Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen [2]) worden, verloren gegangen [3]) oder sonst abhanden gekommen [4]) war. Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden [5]).

E I 879 II 848; M 3 347—350; P 3 206, 213, 215; 5 724, 725; 6 233, 234.

1. **Beschränkung des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers.** Unter Abwägung der Schutzbedürfnisse einerseits des Eigentümers, anderseits des gutgläubigen Erwerbers schränkt das Gesetz den Schutz des letzteren auf die Fälle ein, in denen der Eigentümer selbst die Sache abhanden gegeben und so die Gelegenheit zur Veräußerung durch einen Dritten geschaffen, die Täuschung des gutgläubigen Erwerbers über das Recht des Veräußerers mitverursacht hat. Sind die Sachen dem Eigentümer ohne seinen Willen „abhanden gekommen", so soll er durch den gutgläubigen Erwerber nicht gefährdet sein. Dieser muß ihm also die Sachen nach § 985 herausgeben. Wegen der Nutzungen und Früchte vgl. §§ 987ff. Hat eine gestohlene Stute ein Fohlen geboren, so verbleibt dieses dem redlichen Besitzer im Sinne des § 993. Das Fohlen ist Frucht und nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft auch Ertrag. Eine entsprechende Anwendung des § 935 auf das Fohlen ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Stute bereits trächtig war, als sie gestohlen wurde. — Die Sache hört auf gestohlen, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen zu sein, wenn sie mit einer anderen verbunden oder vermischt wird, §§ 947, 948, und dadurch das Eigentum an der ursprünglichen Sache entweder ganz untergeht, § 947 Abs 2, § 948 Abs 1, oder sich in Miteigentum an der neuen Sache oder den mehreren vermischten Sachen, §§ 947 Abs 1, 948 Abs 1, verwandelt. Was nunmehr im Allein- oder im Miteigentum steht, ist mit dem rechtserheblichen Makel, gestohlen usw. zu sein, nicht mehr behaftet, vgl. OLG 12, 125.

2. **Gestohlen,** d. h. durch Diebstahl im Sinne des § 242 StGB abhanden gekommen. Dazu gehören auch solche Sachen, deren Entwendung zwar den äußeren Tatbestand des § 242 StGB erfüllt, aber wegen der besonderen Umstände überhaupt nicht (§ 247 StGB) oder nicht nach § 242, sondern nach § 248a, § 370 Nr 5 StGB geahndet werden kann. § 935 ist aber nur auf solche Gegenstände anwendbar, die unmittelbar durch die strafbare Handlung dem Verletzten entzogen worden sind, nicht auch auf Gegenstände, die der Täter unter Aufwendung des strafbar Erlangten in an sich rechtmäßiger Weise erworben hat (RG 28. 11. 16 VII 362/16). Die gestohlene Sache hört auf, das zu sein, wenn sie wieder in den Besitz des Eigentümers kommt, nicht schon dann, wenn die Strafverfolgungsbehörde sie beschlagnahmt, denn die beschlagnahmende Staatsanwaltschaft vermittelt nicht den Besitz für den Eigentümer (RG Warn 1925 Nr 25); die Sache ist auch nicht mehr gestohlen, wenn der Eigentümer sie dem Dieb geschenkt und übereignet hat (RG Warn 1925 Nr 6).

Unterschlagung gehört nicht hierher. Für sie spielt neben dem — unmittelbaren — Besitz noch der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams eine Rolle (§ 246 StGB). Da der Besitz nach § 854 in der tatsächlichen Gewalt über eine Sache besteht und der Gewahrsam das natürliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache bezeichnet (RGSt 50, 183; 52, 143; 56, 117; 60, 272), so decken sich beide Begriffe in weitem Umfange. Sie fallen erst auseinander, wo das BGB im Wege der „Annahme als ob" einen unmittelbaren Besitz als vorhanden ansieht, obgleich nach der natürlichen Auffassung eine tatsächliche Gewalt über die Sache nicht mehr besteht. Das geschieht noch nicht im § 856 Abs 2, denn eine vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt beseitigt auch den Gewahrsam nicht notwendig (RGSt 50, 183). Auch nicht jede dauernde räumliche Entfernung der Sache von dem Herrn oder des Herrn von der Sache hebt den Gewahrsam auf, er kann durch Gehilfen ausgeübt werden, die keinen eigenen Herrschaftswillen haben, nur für den Herrn und auf seine Anweisung verfügen, vorausgesetzt nur, daß der Herr nicht gehindert ist, seinen Herrschaftswillen durch unmittelbare Einwirkung auf die Sache zu verwirklichen (RGSt 60, 272). Es geschieht aber im Rahmen des § 855. Die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners beeinträchtigt an sich die tatsächliche Gewalt auch des Besitzers selbst in keiner Weise, beide können nebeneinander bestehen (RGSt 52, 143). Dann hat der Besitzer Besitz und Mitgewahrsam, der Besitzdiener Mitgewahrsam an der Sache. Eignet er sich die Sache an, so begeht er Diebstahl (BayObLGSt JW 1928, 2995[3]). Es kann aber in solchem Verhältnis auch eine wirkliche tatsächliche Gewalt nur dem Besitzdiener zustehen (RG 52, 117; 60, 272). Diese wird dann kraft des § 855 dem Besitzer zugerechnet, so daß sie ihm den unmittelbaren Besitz gewährleistet. Sie kann ihm aber den Gewahrsam nicht verschaffen, da für diesen nur die natürlichen Verhältnisse, nicht rechtliche Annahmen in Betracht kommen. Dann hat also der Besitzer nur den unmittelbaren Besitz, der Besitzdiener allein den Gewahrsam. Eignet er sich unter solchen Umständen die Sache an, so begeht er eine Unterschlagung, denn hier wird Gewahrsam oder auch nur Mitgewahrsam eines andern nicht gebrochen. Das aber ist ein Erfordernis des Diebstahls (BayObLGSt aaO.).

3. **Verlorengegangen** vgl. § 965.

4. **Abhanden gekommen.** Dieser Begriff gehört allein dem bürgerlichen Recht an. Nur der Verlust des unmittelbaren Besitzes kommt für ihn in Frage. Die strafrechtliche Unterscheidung zwischen unmittelbarem Besitz und Gewahrsam (vgl. A 2) ist für ihn ohne Bedeutung. Abhanden

gekommen, und zwar dem unmittelbaren wie dem mittelbaren Besitzer, sind Sachen dann, wenn der unmittelbare Besitzer ohne oder gegen seinen Willen den Besitz daran verloren hat (RG 101, 224; 8. 10. 26 VI 205/26). Das trifft auch zu, wenn A dem B den Zugang zu einem gemeinschaftlich besessenen Raum sperrt und dem B so die Herrschaft über seine in dem Raum untergebrachten Sachen nimmt (RG 8. 1. 24 VII 597/23). Auch dem mittelbaren Besitzer nicht abhanden gekommen sind Sachen dann, wenn der unmittelbare Besitzer sie freiwillig, sei es auch ohne oder gegen den Willen des mittelbaren Besitzers weggegeben hat (RG 54, 68; Warn 1924 Nr 124). Ebenso kommt eine Sache dem mittelbaren Besitzer nicht abhanden, wenn der unmittelbare Besitzer sie sich aneignet (RG Warn 1926 Nr 27). Endlich ist eine Sache nicht abhanden gekommen, deren Besitz vom Besitzer infolge gerichtlichen Zwanges, z. B. kraft einstweiliger Verfügung, aufgegeben ist (RG 2. 12. 24 VI 104/24). Wenn der Ehemann bei gesetzlichem Güterstand der Ehefrau eine Sache zu unmittelbarem Besitz überlassen, sie später aber ohne Zustimmung der Frau veräußert hat, so ist der Frau der Besitz nicht gegen ihren Willen entzogen, denn auf ihm beruht es, daß dem Mann das Verwaltungsrecht überhaupt zusteht, kraft dessen er ihr den Besitz entziehen durfte (OLG Stuttgart Recht 1917 Nr 1424). Bei Gütertrennung hat der Mann keinen Besitz an den Sachen der Frau. Nimmt der Mann der Frau solche Sachen ohne ihren Willen fort, so sind sie ihr abhanden gekommen (RG Warn 1922 Nr 16). Da der Besitzdiener nicht Besitzer, der Eigentümer, der den Besitz mit Hilfe des Besitzdieners ausübt, vielmehr selbst unmittelbarer Besitzer ist, so kommt bei der Weggabe durch den Besitzdiener nur in Frage, ob sie mit dem Willen des Eigentümers als des Besitzherrn erfolgte. Die ohne oder gegen den Willen des Besitzers vom Besitzdiener weggegebenen Sachen sind also „abhanden gekommen" (RG 71, 248; Warn 1926 Nr 48; SeuffA 76 Nr 119, Kohlenexpedienten einer Zeche), und zwar auch dann, wenn der Besitzdiener sie nach § 246 StGB unterschlagen hat (vgl. A 2 und RG 106, 6). Gegenstände, die einzelne der zusammen besitzenden Miterben in der irrigen Meinung, Alleinerben zu sein, verschenkt haben, sind den anderen Miterben „abhanden gekommen" (OLG 26, 58).

Lag nur der Schein eines Weggebens mit Willen vor, z. B. im Falle der Weggabe durch einen willensunfähigen Geisteskranken oder einen ebensolchen Betrunkenen, so sind die Sachen abhanden gekommen (OLG 15, 356). Das gleiche wird für den Fall der Weggabe durch einen beschränkt Geschäftsfähigen anzunehmen sein, § 111 (a. M. unter Berufung auf den Sprachgebrauch OLG Hamburg LZ 1924, 341), nicht aber, wie noch in der vorigen Auflage vertreten, für den Fall der Weggabe zum Schein, § 117, denn dabei gibt der Besitzer trotz allem die Sache doch mit Willen aus der Hand. Eine von Irrtum, Täuschung oder Drohung beeinflußte Weggabe aber, die nicht unwirksam, sondern nur anfechtbar ist, kann dem „Abhandenkommen" nicht gleichgestellt werden (RG 4. 1. 21 VII 455/20; SeuffA 60 Nr 150). Nach RG 20. 2. 12 VII 363/11 liegt ein Abhandenkommen nicht vor, wenn der Besitzer einer Sache eine nicht gegen den Eigentümer gerichtete Pfändung der Sache und ihr Fortschaffen durch den Gerichtsvollzieher in der irrigen Annahme zuläßt, zur Duldung der Amtshandlungen des Gerichtsvollziehers verpflichtet zu sein. Pakete, welche die Post einem Betrüger aushändigt, sind nicht abhanden gekommen (RG 101, 224). Nicht abweichend RG 103, 147, wonach das von der Eisenbahn an einen Betrüger ausgehändigte Frachtgut „verloren", „abhanden gekommen" sein soll. Es handelt sich hier um Verlust im Sinne des Frachtrechts. Dazu bemerkt RG 94, 99: Verloren ist das Gut schon, wenn der Frachtführer außerstande ist, es auszuhändigen, ohne Unterschied, worin das seinen Grund hat. Beide Entscheidungen (RG 94, 99 und 103, 147) sprechen nicht von einem Abhandenkommen im Sinne des § 935.

5. Geld, Inhaberpapiere, öffentlich versteigerte Sachen. An ihnen kann hiernach der redliche Erwerber — und nur dieser — nach §§ 932—934 auch dann das Eigentum erlangen, wenn sie gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen waren. Über die Beweisvermutung gegen den guten Glauben des Bankherrn im Falle des Erwerbs gestohlener, verlorener oder sonst abhanden gekommener Inhaberpapiere vgl. HGB § 367.

Geld, gleichviel ob Metallgeld oder Papiergeld, ob inländisches oder ausländisches. Als Papiergeld sind im Sinne des § 935 auch die Banknoten anzusehen. Zu verlangen ist nur, daß es sich um jetziges, d. h. um Geld handelt, das sich in einem Kulturstaat als anerkanntes Tauschmittel im Umlaufe befindet, und daß es im gegebenen Falle „als Geld", d. h. als solches Tauschmittel erworben ist und nicht etwa ohne Rücksicht auf seine Geldeigenschaft als Einzelstück (Schaumünze, Merkwürdigkeit).

Inhaberpapiere: Nur wahre Inhaberpapiere, d. h. Papiere, aus denen der Inhaber als solcher forderungsberechtigt ist. Auch für sie gilt, daß sie als Inhaberpapiere gegeben und genommen sein müssen. Haben Diebe gestohlene Inhaberpapiere in Unkenntnis ihres Wertes ohne Rücksicht auf das in ihnen verkörperte Forderungsrecht als Papier verkauft, so können Käufer, die als solches gekauft haben, sich nicht auf § 935 Abs 2 berufen. Nicht Inhaberpapiere sind Legitimationspapiere und Orderpapiere, diese auch dann nicht, wenn sie durch Blankoindossament tatsächlich auf den Inhaber gestellt sind, nicht mehr Inhaberpapiere sind solche, die auf Namen umgeschrieben sind oder denen wegen Zeitablaufs oder anderer Ursachen keine Forderung mehr zugrunde liegt. Bei Wechseln, Schecks, kaufmännischen Orderpapieren und bei den Namens-

aktien greift indessen Art 74 WO — jetzt Art 16 Abs 2 des neuen Wechselgesetzes vom 21. Juni 1933 (RGBl I 399) — ein, vgl. § 8 Abs 2 des Scheckgesetzes vom 11. März 1908 (RGBl 71) — jetzt Art 21 des neuen Scheckgesetzes vom 14. August 1933 (RGBl I 597) — §§ 365, 322 HGB. Auch wenn diese Papiere abhanden gekommen sind, werden sie Eigentum ihres legitimierten Besitzers, falls er sie nicht in bösem Glauben erworben hat und ihm bei ihrem Erwerb auch keine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (RG 103, 89; 112, 204).

Öffentliche Versteigerung vgl. § 383 Abs 3. Werden gepfändete Sachen mit Genehmigung des Vollstreckungsgerichts (§ 825 ZPO) im Wege freihändiger Veräußerung dem Erwerber übergeben, so steht das einem Erwerb in öffentlicher Versteigerung nicht gleich (KGBl 1919, 66). Wenn jemand eine abhanden gekommene, nicht unter Abs 2 des § 935 fallende Sache in öffentlicher Versteigerung schlechtgläubig erwirbt, sie dann freihändig an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert, so wird der Dritte nicht Eigentümer, weil die Sache immer noch abhanden gekommen ist.

§ 936

Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. Erfolgt die Veräußerung nach § 930 oder war die nach § 931 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers, so erlischt das Recht des Dritten erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt [1]) [2]) [4]).

Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs 1 maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist.

Steht im Falle des § 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht [3]).

E I 878 II 849; M 3 347; P 3 211 ff.; 6 234.

1. **Schutz des gutgläubigen Erwerbs vor dinglichen Rechten.** An und für sich müssen dingliche Rechte vom Eigentumswechsel ihrer Natur nach unberührt bleiben. Denn sie sind Rechte an der Sache. Der Satz 1 des § 936 verneint auch nur scheinbar diesen Grundsatz. In Wirklichkeit schränkt er ihn lediglich für den Fall des gutgläubigen Erwerbs ein. Wie das Eigentum des wahren Eigentümers dem des gutgläubigen Erwerbers weichen muß, ebenso und unter den gleichen Voraussetzungen auch das dingliche Recht, mit dem die Sache belastet ist.

Der Erwerber ist — vorbehaltlich des für den Handelsverkehr geltenden § 366 HGB — nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache mit dem Rechte eines Dritten (Pfandrecht, Nießbrauch) belastet ist. Ob er die Höhe der Forderung kennt, für welche das Pfandrecht besteht, ist unerheblich. Der gute Glaube wird vermutet, das Gegenteil ist nachzuweisen, der Beweis kann aber durch starke tatsächliche Vermutungen erleichtert werden. So beim Erwerb eines in der Mietwohnung befindlichen Einrichtungsgegenstandes ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des Vermieterpfandrechts (RG JW 07, 672[5]).

Mit dem Erwerb des Eigentums durch den gutgläubig die Lastenfreiheit annehmenden Erwerber erlischt das dingliche Recht endgültig. Es lebt auch bei der Weitergabe an einen Nichtgutgläubigen nicht wieder auf. Über den Fall, daß das Eigentum an der Sache im Wege der Wandlung eines Kaufvertrages an den Veräußerer zurückgelangt, vgl. § 932 A 1 a. E. Wird nach § 935 Abs 1 Eigentum nicht erworben, so erlöschen auch die Rechte Dritter nicht. Es kann aber vorkommen, daß zwar Eigentum erworben wird, das dingliche Recht aber nicht erlischt. Hat A seine Sache dem B verpfändet und übergeben, nimmt er sie ihm dann aber weg und veräußert er sie an den von dem Pfandrecht nichts wissenden C, so wird C trotz § 935 Abs 1 Satz 2 Eigentümer, denn dem A ist die Sache jedenfalls nicht abhanden gekommen, aber das Pfandrecht des B bleibt bestehen, denn ihm als Pfandgläubiger ist die Sache abhanden gekommen. Das steht zwar nicht wörtlich im Gesetz, ergibt sich aber aus seinem sonstigen Inhalt, vgl. RG 1, 255 und Art 306 Abs 2 des alten HGB. — Bei der Ausnahmevorschrift des § 935 Abs 2 ist zu beachten, daß sie auch im Rahmen des § 936 für Orderpapiere durch Art 74 WO ergänzt wird, vgl. § 935 A 5.

Eine Ausnahme von § 936 enthält § 1262 Abs 1. Das im Schiffsregister eingetragene Pfandrecht behält auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber seine Kraft. Zu beachten ist auch die Sonderregelung, welche für die rechtmäßige Veräußerung eines Pfandes in § 1242 getroffen ist.

2. **Besitzerwerb des Erwerbers als Voraussetzung des Schutzes.** Auch vor dinglichen Rechten ist der gutgläubige Erwerber nur dann geschützt, wenn er dieselben besonderen Anforderungen an seine Besitzerstellung erfüllt, die das Gesetz (§§ 932—934) für den Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer aufstellt. Für die Fälle des Erwerbs vom Nichteigentümer ergibt sich dies von

selbst aus der Voraussetzung des Eigentumserwerbs. Für die Fälle des Erwerbs vom wahren Eigentümer ist es in Abs 2, 3 besonders ausgesprochen. Hat hiernach der Erwerber durch Besitzkonstitut des Veräußerers gemäß § 930 Eigentum erworben, so erlangt er die Befreiung von dem dinglichen Rechte nur dann und erst dann, wenn er auf Grund der Veräußerung auch den unmittelbaren Besitz eingeräumt erhält und sich dabei im guten Glauben befindet; hat er Eigentum nur durch Abtretung des Eigentumsanspruchs erworben, mittelbaren Besitz aber nicht erlangt, so wird er erst frei, wenn er auf Grund jener Abtretung auch noch den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz erlangt. Hat er aber mit dem Eigentumsanspruch nach § 931 auch den mittelbaren Besitz erlangt, so wird die Sache sofort lastenfrei, wenn der Erwerber bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs den guten Glauben an die Lastenfreiheit hatte (RG 10. 6. 06 VII 46/06).

3. Schranke des Schutzes an dem Besitze des dinglich Berechtigten. Der unmittelbare Besitz der Sache durch den dinglich Berechtigten schützt das dingliche Recht vor dem redlichen Erwerber. Denn der Besitz des Dritten wirkt als äußeres Kennzeichen der dinglichen Belastung. Unmittelbar betrifft Abs 3 nur den Fall, daß der Dritte, gegen den sich der Herausgabeanspruch richtet, zugleich der Berechtigte ist. Er ist aber auszudehnen auf den Fall, daß jener Dritte als unmittelbarer Besitzer lediglich den Besitz des Berechtigten vermittelt (OLG 41, 184).

4. Das Pächterkreditgesetz v. 9. 7. 26 — vgl. A 6 zu § 930 — hat in seinem § 5 Abs 1 eine abweichende Vorschrift. Wer von dem Pächter ein mit dem Inventarpfandrecht belastetes Stück erwirbt, kann sich, solange der Verpfändungsvertrag bei dem Amtsgericht niedergelegt ist, dem Kreditinstitut gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung des Pfandrechts in gutem Glauben war. Ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Erwerbers aber wird das Inventarstück von der Haftung frei, wenn der Pächter darüber in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügt und das Inventarstück von dem Grundstück entfernt wird, bevor der Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend gemacht hat, § 5 Abs 2.

II. Ersitzung

§ 937

[1]) Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre [2]) im Eigenbesitze [3]) hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung) [4]).

Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht [5]) [6]).

E I 881 II 851; M 3 351, 352, 355; P 3 228—234.

1. Allgemeines. Das BGB läßt die Ersitzung als Erwerbsart nur noch zu für das Eigentum an beweglichen Gegenständen und an Grundstücken (§§ 900, 927), für den Nießbrauch an beweglichen Sachen (§ 1033) und für solche im Grundbuch eingetragene Rechte, die zum Besitze des Grundstücks berechtigen oder den gesetzlichen Besitzesschutz genießen (§ 900 Abs 2). Gemeinsam ist allen diesen Arten der Ersitzung der Gedanke des Rechtserwerbs durch langjährigen Besitz im Sinne des zu erwerbenden Rechtes. Die nicht zu leugnende Bedenklichkeit dieser Rechtsquelle wird gemildert dadurch, daß die Ersitzung, namentlich die des Eigentums, im heutigen Verkehr nur noch eine geringe Rolle spielt. Meist greifen die Vorschriften über Eigentumserwerb im guten Glauben (§§ 932 ff.) ein. Für die Übergangszeit vgl. EG Artt 185, 169. Ob der neue Eigentümer dem früheren wegen ungerechtfertigter Bereicherung durch die Ersitzung nach § 812 zur Herausgabe verpflichtet ist, kann an dieser Stelle nicht ausgetragen werden. Erwähnt sei aber, daß in RG 130, 72 f. der Bereicherungsanspruch nicht des bisherigen Eigentümers als solchen, sondern der des Gebers der Sache, welcher dem Ersitzenden den Eigenbesitz verschafft hat, für den Fall zugelassen worden ist, daß der Eigenbesitz ohne Rechtsgrund erworben ist. Vgl. dazu A 6 zu § 812 u. A 3 zu § 951.

2. Fristberechnung nach §§ 186—188.

3. Eigenbesitz: § 872. Zur Ersitzung ist notwendig, daß der Ersitzende während der Ersitzungszeit die Sache „als ihm gehörend besaß", gleichviel ob als unmittelbarer oder als mittelbarer Besitzer. Der Nachweis dieser Art des Besitzes wird sich in der Regel und am schlagendsten daraus ergeben, daß der Ersitzende den Besitz auf Grund einer Erwerbstatsache erlangte, die auf den Erwerb des Eigentums gerichtet war, und daß er von da an sich dieser Erwerbstatsache entsprechend verhielt. Unentbehrlich ist aber ein solcher Nachweis nicht. Auch wenn es unmöglich ist, eine bestimmte Erwerbstatsache nachzuweisen, kann doch aus dem eigentümergleichen Verhalten des Besitzers selbst auf dessen Eigenbesitz geschlossen werden. Das wird insbesondere nicht selten sein, wenn Eigenbesitz eines Rechtsvorgängers in Frage kommt. Ein Besitztitel ist also nach BGB nicht eine notwendige Voraussetzung der Ersitzung.

4. Ersitzbarkeit, Ersitzungsfähigkeit. Von der Ersitzung ausgeschlossen ist durch das Gesetz keine bewegliche Sache. Fraglich kann sein, ob die vom EG (Artt 86, 87) zugelassenen landesgesetzlichen Erwerbsbeschränkungen der Ersitzung im Wege stehen. Soweit es sich hierbei um das Verbot des Erwerbs aus gewissen Erwerbsarten (Schenkungen, Zuwendungen von Todes wegen) handelt, wird zu sagen sein, daß die unter diesen Erwerbsarten nicht genannte Ersitzung nicht ausgeschlossen ist. Gehindert würde freilich der Erwerb durch Ersitzung dann, wenn er lediglich zur Deckung einer solchen nicht zugelassenen Erwerbsart vorgeschoben wäre. Denn er würde dann an dem in Abs 2 als Ausschließungsgrund für die Ersitzung aufgeführten Mangel des guten Glaubens scheitern. — Veräußerungsverbote, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken (§§ 135 f.), hindern die Ersitzung nicht.

5. Der Mangel des guten Glaubens muß dem, der sich auf die Ersitzung beruft, nachgewiesen werden. Nicht guten Glaubens ist im Sinne des § 937, wer weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß ihn irgendwelche Umstände an dem Erwerb des Eigentums hindern. Dieser böse Glaube hindert die Ersitzung, wenn er bei dem Erwerb des Besitzes besteht. Zweifel des Eigenbesitzers beim Erwerb genügen zur Annahme der Bösgläubigkeit nur dann, wenn der Erwerber sich über sie grob fahrlässig hinweggesetzt (vgl. § 932 A 5 und RG 2. 2. 26 VI 383/25). Ausgeschlossen wird die Ersitzung aber auch durch die nachträglich — nach der Erlangung des Eigenbesitzes, aber vor der Vollendung der Ersitzung — eintretende Erkenntnis des Eigentumsmangels. Fahrlässige Nichtkenntnis genügt in diesem Falle nicht (RG 56, 317). — Keinen Mangel des guten Glaubens im Sinne von § 937 bedeutet es, wenn der Erwerber annimmt, daß an seiner Sache beschränkte Rechte eines Dritten bestünden, z. B. Nießbrauch, oder daß Rechte von Fideikommißanwärtern in Frage kämen. Belastetes und unbelastetes Eigentum sind in ihrem Wesen nicht verschieden. Bestehen die vermeintlichen Rechte Dritter in Wirklichkeit nicht, so erwirbt der Ersitzende freies Eigentum (RG 47, 245). Im übrigen vgl. wegen der Rechte Dritter § 945.

6. Ersitzung durch den Erbschaftsbesitzer: Auch der Erbschaftsbesitzer ist an der Ersitzung der zur Erbschaft gehörenden Sachen nicht gehindert. Nur kann er auf diese Ersitzung sich dem Erben gegenüber solange nicht berufen, als nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist (§ 2026).

§ 938

Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitze gehabt, so wird vermutet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe [1]) [2]).

E I 883 II 853; M 3 353; P 3 230.

1. Gegenbeweis zulässig § 292 ZPO.

2. Soll Eigentum nach § 931 übertragen worden sein, so ist eine Vermutung für den Fortbestand des Besitzes des Dritten weder aus § 938 noch aus § 1006 zu entnehmen (RG 22. 1. 29 VII 315/28).

§ 939

Die Ersitzung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt [1]) ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen [2]).

E I 884 II 853; M 3 353, 354; P 3 230, 231; 6 234, 235.

1. Hemmungsgründe §§ 202—204. Die Zeit der Hemmung ist infolge entsprechender Anwendung des § 205 in die Ersitzungsfrist nicht einzurechnen.

2. Beweispflichtig ist für das Hindernis, wer sich darauf beruft.

§ 940

Die Ersitzung wird durch den Verlust des Eigenbesitzes [1]) unterbrochen.

Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt [2]), wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen [3]) verloren und ihn binnen Jahresfrist [4]) oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat [5]).

E I 885 II 854; M 3 354, 355; P 3 231, 232.

1. Verlust des Eigenbesitzes vgl. § 872 A 1 Abs 2. Wegen der Wirkung der Unterbrechung vgl. § 942. Den Verlust hat der Gegner des Ersitzenden zu beweisen.

2. gilt als nicht erfolgt, d. h. der Ersitzende ist so zu behandeln, wie wenn die Unterbrechung nicht eingetreten wäre; die ganze Zeit vom Verluste des Eigenbesitzes bis zum Augenblicke der

Wiedererlangung wird in die Ersitzungszeit eingerechnet. Die Ausnahme des Abs 2 muß der Ersitzende beweisen.

3. **ohne seinen Willen verloren:** Der Fall liegt ähnlich wie der des § 935. In Betracht kommt zumeist, daß der Ersitzende nicht nur den Eigenbesitz, sondern den Besitz überhaupt dadurch verloren hat, daß ihm oder, wenn er mittelbarer Besitzer war, dem unmittelbaren Besitzer die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Der Verlust auch des mittelbaren Besitzes durch Unterschlagung ist — im Gegensatz zu § 935 — nach § 940 zu berücksichtigen. Denkbar ist auch, daß der Eigentümer den Eigenbesitz verlor, ohne den Besitz zu verlieren. Auch darauf findet § 940 Anwendung.

4. **binnen Jahresfrist wiedererlangt,** gleichviel auf welche Weise, z. B. auch durch verbotene Eigenmacht (§ 858).

5. **Durch eine binnen Jahresfrist erhobene Klage wiedererlangt:** gleichviel zu welcher Zeit.

§ 941

[1]) Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch [2]) gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer [3]) gerichtlich geltend gemacht [4]) wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet; die Unterbrechung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt [5]). Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 209 bis 212, 216, 219, 220 finden entsprechende Anwendung [6]).

E I 887 II 855; M 3 355, 356; P 3 234, 235; 4 585, 586; 6 236, 237.

1. **Unterbrechung der Ersitzung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs.** Diese Ersitzungsunterbrechung ist ihrem Grunde und ihrer Art nach nahe verwandt mit der Unterbrechung der Verjährung des Eigentumsanspruchs, aber mit ihr nicht zu verwechseln. Beide laufen nebeneinander. Die Erhebung des Eigentumsanspruchs unterbricht in der Regel Ersitzung und Verjährung.

2. **Eigentumsanspruch.** Nur der geltend gemachte Eigentumsanspruch — § 985 — unterbricht, nicht auch der in den §§ 861, 862, 1007 ohne Rücksicht auf das Eigentum gewährte Anspruch auf Einräumung des Besitzes. Unterbrechend wirkt auch nur die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs, d. h. die Geltendmachung des wirklich bestehenden Eigentumsanspruchs. Wer nur als vermeintlicher Eigentümer, ohne es wirklich zu sein, gegen den Eigenbesitzer den Eigentumsanspruch erhoben hat, kann sich, wenn er später, etwa durch Abtretung des Eigentumsanspruchs seitens des wirklichen Eigentümers, Eigentümer geworden ist, auf die früher ungerechtfertigterweise erhobene Eigentumsklage für die Behauptung der Unterbrechung der Ersitzung nicht berufen.

3. **Der Fall des mittelbaren Eigenbesitzes:** vgl. § 868. Hat der Eigenbesitzer die Sache vermietet, verpachtet, zu Nießbrauch ausgegeben, so kann nach § 985 der Eigentumsanspruch sowohl gegen den nur mittelbar besitzenden Eigenbesitzer als auch gegen den seinen mittelbaren Besitz als unmittelbarer Besitzer vermittelnden Mieter, Pächter, Nießbraucher usw. geltend gemacht werden. Der Wortlaut des § 941 könnte dazu verleiten, anzunehmen, daß in solchem Falle nur die Klage gegen den besitzvermittelnden Mieter, Pächter oder Nießbraucher die Ersitzung unterbreche. Dies würde jedoch dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen. Die Vorschrift muß dahin verstanden werden, daß im Falle des mittelbaren Eigenbesitzes sowohl die Eigentumsklage gegen den nur mittelbar besitzenden Eigenbesitzer als auch die Eigentumsklage gegen den besitzvermittelnden Mieter, Pächter, Nießbraucher die Ersitzung unterbricht. Nicht erforderlich ist auf seiten des Eigentümers, daß er bei der Geltendmachung seines Eigentumsanspruchs gegen den besitzvermittelnden Mieter, Pächter oder Nießbraucher den mittelbaren Eigenbesitzer und das Besitzvermittlungsverhältnis kennt. Auch wenn er den Pächter in der Meinung verklagt, dieser sei Eigenbesitzer, unterbricht die Klage die Ersitzung des Eigenbesitzers. Anderseits unterbricht die Klage auch dann die Ersitzung, wenn der mittelbare Eigenbesitzer von ihr überhaupt nichts erfährt.

Der Versuch der Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen den „Besitzdiener" (§ 855) unterbricht die Ersitzung nicht. Auch die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen einen dritten Zwischenbesitzer, der den Eigenbesitzer vorübergehend aus dem Besitze verdrängt hat (§ 940 Abs 2), unterbricht die Ersitzung gegen den Eigenbesitzer nicht (so auch Planck, Staudinger gegen Prot 3, 235).

4. **gerichtlich geltend gemacht.** Außergerichtliche Geltendmachung, Aufforderung zur Anerkennung des Anspruchs wirkt also nicht unterbrechend. Aber auch die Anerkennung des An-

spruchs hat diese Wirkung nicht. Sie wird freilich dann, wenn sie vom Eigenbesitzer selbst ausgeht, nach § 937 Abs 2 in der Regel eine weitergehende Wirkung haben, nämlich die der (endgültigen) Ausschließung der Ersitzung durch die Erkenntnis des Eigentumsmangels. Darüber, welche Rechtshandlungen unter den Begriff der gerichtlichen Geltendmachung fallen, vgl. A 6.

5. **Beschränkte Wirkung der Ersitzungsunterbrechung.** Im Gegensatze zu der Unterbrechung durch Verlust des Eigenbesitzes (§ 940 Abs 1), die dem Eigentümer auch dann zustatten kommt, wenn er sie nicht bewirkt hat, nützt die Unterbrechung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs dem Eigentümer nur dann, wenn er sie herbeigeführt hat. Das ist indessen nicht ganz wörtlich zu nehmen. Im Falle der Rechtsnachfolge in das Eigentum kommt dem Rechtsnachfolger die Klagerhebung seines Vorgängers gegen den Eigenbesitzer zugute, wie wenn er die Unterbrechung selbst herbeigeführt hätte. Die Klage eines Miteigentümers in Ansehung der ganzen Sache wirkt nicht nur für ihn, sondern auch zugunsten der übrigen Miteigentümer, da er nach § 1011 auf Grund gesetzlicher Vertretungsmacht handelt (vgl. A 1 das.); § 432 Abs 2 steht deshalb nicht entgegen.

6. **Entsprechende Anwendung von Verjährungsvorschriften.** Für entsprechend anwendbar erklärt sind aus dem Rechte der Verjährung Vorschriften darüber, welche Rechtsakte unter den Begriff der gerichtlichen Geltendmachung fallen, und darüber, wie lange die Unterbrechung dauert und unter welchen Voraussetzungen sie als nicht erfolgt gilt, d. h. mit rückwirkender Kraft wegfällt. Unter den Begriff der gerichtlichen Geltendmachung fällt in erster Linie die Klage auf Herausgabe oder auf Feststellung des Eigentums, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel und auf Erlassung des Vollstreckungsurteils (§ 209 Abs 1), die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs im Güteverfahren (§ 209 Abs 2 Nr 1a), in gewissen Fällen die Angehung der Behörde zur Vorentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs und zur Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 210), endlich die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung bei Gericht (§ 209 Nr 5). Die im § 209 Abs 2 Nr 1—3 noch weiter aufgeführten Rechtsakte können beim Eigentumsanspruch ihrer Art nach nicht in Frage kommen, die Anmeldung des Anspruchs im Konkurse insbesondere deshalb nicht, weil der Aussonderungsanspruch nicht im Wege des Konkursverfahrens, sondern nur außerhalb desselben auf dem Wege gewöhnlichen Rechtes gegen den Konkursverwalter geltend zu machen ist (KO § 43) und daher von Wirkungen der Anmeldung im Sinne der KO nicht gesprochen werden kann. Wird der Eigentumsanspruch als Aussonderungsanspruch gegen den Konkursverwalter geltend gemacht, so wirkt diese Klage auch gegen den Gemeinschuldner ebenso ersitzungsunterbrechend, wie wenn sie gegen ihn selbst erhoben wäre. — Mit der Möglichkeit, daß § 209 Abs 2 Nr 4 (Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt) anwendbar sein könnte, rechnet **RG** 143, 380.

Fraglich kann sein, ob die Unterbrechung durch Klagerhebung auch dann eintritt, wenn der Kläger zur Zeit der Erhebung der Klage noch nicht Eigentümer war, aber während des Rechtsstreits das Eigentum erworben hat. Die Frage wird zu verneinen sein, wenn die nachträgliche Geltendmachung des neuen Erwerbsgrundes im Rechtsstreite als unzulässige Klageänderung zurückgewiesen wird (ZPO § 264). In diesem Falle tritt Unterbrechung der Ersitzung (falls nicht inzwischen der Eigenbesitzer sein Unrecht erkannt hat und dadurch von der Ersitzung ausgeschlossen ist) erst mit der Klagerhebung aus dem neuen Klagegrund ein. Wird aber die Klageänderung nicht als unzulässig erachtet, so ist anzunehmen, daß die Wirkung der Unterbrechung der Ersitzung vom Augenblicke der Änderung ab eintritt.

§ 942

[1]) **Wird die Ersitzung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Ersitzung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung** [2]) **beginnen.**

E I 885 II 856; M 3 354; P 3 232, 233.

1. **Wirkung der Unterbrechung.** Wie nach § 217 bei der Verjährung, so hat auch bei der Ersitzung die Unterbrechung — und zwar nicht nur die Unterbrechung durch Klagerhebung, sondern auch die Unterbrechung durch Besitzverlust —, sofern sie nicht wegen rechtzeitigen Wiedergewinns des Besitzes (§ 940 Abs 2) oder wegen Zurücknahme der Klage oder Ruhenlassens der Verfolgung des Eigentumsanspruchs (§§ 211, 212, 216) als nicht erfolgt gilt, die Wirkung, daß nicht nur die Zeit während der Unterbrechung, sondern auch die ganze vor der Unterbrechung gelegene Besitzzeit in die Ersitzungsfrist nicht eingerechnet werden darf. Ein Zusammenrechnen unterbrochener Ersitzungszeiten findet unter keinen Umständen statt im Gegensatze zum Falle der Hemmung (§ 939).

2. **Beendigung der Unterbrechung.** Wann die Unterbrechung beendigt ist, ergibt sich aus den §§ 211, 219, 220.

§ 943

Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge [1]) in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers [2]) verstrichene Ersitzungszeit [3]) dem Dritten zustatten.

E I 882 II 857, 858; M 3 353; P 3 270; 5 653, 654.

1. Rechtsnachfolge. Gleichviel ob allgemeine Rechtsnachfolge (Erbfolge § 857) oder Sondernachfolge, immer aber Rechtsnachfolge. Als Sondernachfolge setzt sie ein zwischen dem Vor- und dem gegenwärtigen Besitzer geschlossenes, der Besitzübertragung zugrunde liegendes, wenn auch unwirksames Veräußerungsgeschäft voraus. Durch Vorgänge nur wirtschaftlicher Art oder durch eine rechtsirrige Annahme der Beteiligten kann das Veräußerungsgeschäft nicht ersetzt werden (RG 129, 204). Rechtsnachfolge ist auch dann als gegeben anzusehen, wenn eine Sache bei Eintritt einer auflösenden Bedingung an den früheren Besitzer zurückfällt (§ 158 Abs 2). Hat der Eigenbesitzer durch Eigenmacht oder sonst außerhalb des Falles der Rechtsnachfolge den Besitz erlangt, so wird ihm die Ersitzungszeit dessen, der vor ihm besaß, nicht angerechnet. Die Fälle der Ersitzungsfortsetzung durch Sondernachfolge werden mit Rücksicht auf die §§ 932—934 BGB, außer bei gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen, nur noch selten vorkommen.

2. Rechtsvorgänger. Mag er es unmittelbar oder entfernter sein.

3. Ersitzungszeit: nicht die Besitzzeit schlechthin, sondern nur diejenige Zeit des Besitzes, welche auch für den Vorgänger als Ersitzungszeit in Betracht kam. War daher der Vorgänger nicht in gutem Glauben oder seine Ersitzung gehemmt oder unterbrochen, so kann insoweit auch seine Besitzzeit nicht dem Nachfolger zustatten kommen.

§ 944

Die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten [1]).

E II 858; P 3 236, 237.

1. Anrechnung der Ersitzungszeit des Erbschaftsbesitzers. Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers über. Tritt ein Dritter mit der Behauptung, Erbe zu sein, dazwischen und bemächtigt sich der Erbschaftssache, so ist der Erbe aus dem Besitze durch Eigenmacht verdrängt. Erlangt er auf Grund des Erbschaftsanspruchs die Sache wieder, so erlangt er sie vom Erbschaftsbesitzer nicht durch Rechtsnachfolge. Der Besitzzusammenhang ist also seit dem Eintreten des Erbschaftsbesitzers zweifach unterbrochen, die Ersitzung des Erben könnte demzufolge erst mit dem Augenblicke beginnen, in dem er nach Verdrängung des Erbschaftsbesitzers den Besitz selbst wiedererlangt. Dem will § 944 zugunsten des Erben entgegentreten. Die zweifache Unterbrechung des Besitzes soll als nicht vorhanden angesehen werden. Hieraus folgt zunächst, daß es für den Fall des § 944 nicht darauf ankommen kann, ob der Erbschaftsbesitzer an sein Erbrecht geglaubt hat, sondern nur darauf, ob er den Eigenbesitz in dem Glauben geübt hat, daß die Sache als Eigentum des Erben zur Erbschaft gehöre; denn es würde dem Endzwecke der Begünstigung des wahren Erben widersprechen, wollte man annehmen, daß er gerade dann einen geringeren Schutz genießen sollte, wenn der Erbschaftsbesitzer nicht an sein Erbrecht geglaubt hat. Und daraus folgt weiter, daß der Beginn der Ersitzungszeit auch auf die Besitzzeit des Erblassers zurückgeführt werden kann, wenn dieser im Ersitzungsbesitze war. Als möglich ist es endlich auch anzusehen, daß sich die Ersitzung während der Besitzzeit des Erbschaftsbesitzers vollendet. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhange mit § 2026. Denn wenn dort gesagt ist, daß vor der Verjährung des Erbschaftsanspruchs der Erbschaftsbesitzer dem Erben gegenüber die Ersitzung der Erbschaftssache nicht geltend machen kann, so wird damit ausgesprochen, daß die Ersitzung an sich zugunsten des Erbschaftsbesitzers beendet sein kann. Sonst dürfte er sich Dritten gegenüber nicht auf die Ersitzung berufen, und das läßt § 2026 zu (vgl. A 1 das.). Der Erbschaftsbesitzer kann aber das Eigentum durch Ersitzung nur erwerben, wenn er im guten Glauben an sein Erbrecht ist. Andernfalls weiß er, daß ihm das Eigentum nicht zusteht (§ 937 Abs 2). Wenn also der Erbschaftsbesitzer mit dem aus der Erbschaft Erlangten auch die betreffende Sache an den Erben herausgibt (§ 2018), so ist zweierlei möglich. Entweder befand sich der Erbschaftsbesitzer im guten Glauben an sein Erbrecht und hat deshalb das Eigentum an der Sache für sich erworben, oder er war insoweit schlechtgläubig und hat das Eigentum deshalb nicht erworben, weder für sich noch etwa für den Erben. Für diesen schon deshalb nicht, weil er ihn nicht vertritt. Der Erbe empfängt in dem zweiten Fall also eine Sache, die noch im Eigentum des Dritten steht, er erwirbt aber selbst das Eigentum daran durch Ersitzung, sobald er den Besitz erlangt. Das folgt aus obigen Darlegungen. In dem ersten Fall hat zwar der Erbschaftsbesitzer die Ersitzung beendigt und selbst Eigentum erworben mit der Wirkung, daß der dritte Eigentümer sein Eigentum verloren hat, aber bei der Herausgabe der Sache an den Erben überträgt er das ersessene

Eigentum nicht auf diesen. Der Erbe wird nicht der Rechtsnachfolger des Erbschaftsbesitzers, im Verhältnis zum Erben gilt dieser überhaupt nicht als Eigentümer der Sache (§ 2026). Auch für den ersten Fall ist daher anzunehmen, daß der Erbe mit der Erlangung des Besitzes an der Sache das Eigentum ebenso selbständig durch eigene Ersitzung erwirbt wie in dem oben erörterten zweiten Fall.

§ 945

[1]) **Mit dem Erwerbe des Eigentums durch Ersitzung erlöschen die an der Sache vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes begründeten Rechte Dritter, es sei denn, daß der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung dieser Rechte nicht in gutem Glauben [2]) ist oder ihr Bestehen später [3]) erfährt. Die Ersitzungsfrist muß auch in Ansehung des Rechtes des Dritten verstrichen sein; die Vorschriften der §§ 939 bis 944 finden entsprechende Anwendung [4]).**

E I 889 II 860; M 3 356; P 3 237, 238.

1. **Erlöschen der Rechte Dritter durch Ersitzung.** Während § 936 an den Erwerb des Eigentums durch Übertragung ohne weiteres die Rechtsnachfolge des Erlöschens der dem Erwerber entschuldbar unbekannten Rechte Dritter an der Sache knüpft, gewährt § 945 für den Fall des Eigentumserwerbs durch Ersitzung dem Erwerber die Befreiung von den Rechten Dritter nur dann, wenn er die Freiheit von diesen Rechten in gleicher Art ersessen hat wie das Eigentum. Ist so einerseits die Freiheit von den Rechten Dritter nicht notwendige Folge der Ersitzung des Eigentums, so ist doch anderseits die Ersitzung des Eigentums notwendige Voraussetzung der Befreiung von den Rechten Dritter nach § 945. Würde darum auch die Ersitzungsfrist in Ansehung des Rechtes abgelaufen und der gute Glaube des Eigenbesitzers in Ansehung des Rechtes gegeben sein, so wäre doch § 945 nicht anwendbar, wenn die Ersitzung des Eigentums nicht außer Frage stände. Der Dritte kann also gegen die Ausschließung seines Rechtes alle Gründe geltend machen, die gegen die Annahme der Vollendung der Ersitzung des Eigentums sprechen.

2. **Guter Glaube in Ansehung des Rechtes:** es darf dem Erwerber nicht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen sein (vgl. § 932 Abs 2), daß das Recht bestand. Der Mangel des guten Glaubens ist ihm nachzuweisen.

3. **später:** aber nicht nach Ablauf der Ersitzungsfrist für das Recht.

4. **entsprechende Anwendung:** außer den ausdrücklich genannten Vorschriften wird auch noch § 936 Abs 3 entsprechend anzuwenden sein. Denn in dieser Vorschrift kommt der allgemeine Gedanke zum Durchbruch, daß der Inhaber eines Rechtes an der Sache durch deren unmittelbaren Besitz vor den rechtszerstörenden Wirkungen des gutgläubigen Erwerbs gesichert sein soll. Gilt dies schon beim Erwerb durch Übertragung vom Nichteigentümer, so muß es um so mehr gelten beim Erwerb des Eigentums durch Ersitzung.

5. Die Vorschriften des § 945 gelten auch dann, wenn das **Eigentum** an der Sache nicht durch Ersitzung, sondern **auf andere Art** erworben worden ist. Die Ersitzung der Freiheit des Eigentums ist nur in äußerlicher Anknüpfung an die Ersitzung des Eigentums selbst geregelt worden. Vgl. dazu schon Mot. u. Prot. Was in A 4 gefragt ist, trifft auch hier zu.

III. Verbindung Vermischung Verarbeitung

§ 946

[1]) **Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden [2]), daß sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache [3]) [4]).**

E I 890 II 861; M 3 358, 359; P 3 238.

1. **Verbindung beweglicher Sachen mit Grundstücken.** In den §§ 946, 947 sind für den Erwerb und Verlust des Eigentums die Schlußfolgerungen aus den Grundsätzen gezogen, die in den §§ 93, 94, 95 über die Bestandteilseigenschaft aufgestellt sind. Es ist deshalb vor allem auf die Erläuterungen zu diesen Paragraphen zu verweisen. Der § 946 entspringt überdies dem Gedanken, daß gegenüber einer beweglichen Sache, die mit einem Grundstücke verbunden wird, stets das Grundstück als Hauptsache anzusehen ist.

2. **Art der Verbindung:** Zu unterscheiden ist hier zwischen einem äußeren und einem inneren Tatbestande der Verbindung. Regelmäßig entscheidend ist der äußere Tatbestand, der rein tatsächliche Vorgang der körperlichen Vereinigung, der Umstand, daß die bewegliche Sache mit dem Grund und Boden (durch Einbauen, Einpflanzen, Aussäen oder in anderer Weise) fest verbunden

wird, und zwar so, daß eine Trennung nicht möglich ist, ohne daß die verbundenen Teile zerstört oder in ihrem Wesen verändert werden (§§ 93, 94). Die der Verbindung zugrunde liegenden Willensvorgänge dagegen sind in den meisten Fällen belanglos (RG 94, 129). Belanglos ist insbesondere, ob die Verbindung in der Absicht erfolgt, dadurch eine Rechtsänderung herbeizuführen. So RG 51, 80 im Falle der Aussaat durch einen Geisteskranken auf einem fremden Acker. Gleichgültig ist ferner, ob der die Verbindung Herstellende zur Verfügung über die Sache berechtigt war oder sich berechtigt glaubte. Auch der Dieb erwirbt Eigentum an dem gestohlenen Bauholze, das er in sein Haus einbaut, durch die Verbindung (RGSt GoltdArch 54, 300). Selbst dem Umstande, daß der Eigentümer des Grundstücks den andern durch die Vorspiegelung, ihm das Grundstück übereignet zu haben, arglistig verlockt hatte, darauf zu bauen, konnte gegenüber der zwingenden Vorschrift des Eigentumsübergangs auf den Grundstückseigentümer kein Gewicht beigemessen werden (RG JW 04, 139[3]). Nur in drei besonderen Fällen berücksichtigt das Gesetz den Willen des Verbindenden gegenüber der äußeren Tatsache der Verbindung, vgl. § 95 Abs 1 Satz 1 und § 95 Abs 2, das. Abs 1 Satz 2 und § 94 Abs 2. Wenn eine bewegliche Sache nur zu vorübergehendem Zwecke mit dem Grund und Boden und wenn ein Gebäude oder anderes Werk in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden wird, bewirkt die Verbindung keinen Eigentumswechsel. Fällt nachträglich die hindernde Zweckbestimmung weg und ist die Verbindung mit dem Grundstück nunmehr für die Dauer gewollt, so tritt die Rechtswirkung der Verbindung in Kraft. So RG 16. 10. 09 V 556/08 in einem Falle, in dem eine zu vorübergehendem Zwecke auf einem Grundstücke festeingebaute Wellblechbaracke nach Erschöpfung des Zweckes dort dauernd belassen wurde. In RG Warn 1934 Nr 19 wird aber mit Recht betont, daß es regelmäßig der Eigentümer der verbundenen Sache sein muß, welcher die dauernde Verbindung will. Ein Pächter A hatte ein nach dem Pachtvertrage von ihm zu einem vorübergehenden Zwecke errichtetes Gebäude zur Sicherheit an B übereignet und erwarb später das Grundstück. Befugt zur Änderung der Zweckbestimmung des Gebäudes war jetzt nur B. Ohne seinen Willen konnte das Gebäude nicht Bestandteil des Grundstücks und damit Eigentum des A werden. Im dritten der oben erwähnten besonderen Fälle ist eine den Eigentumswechsel bewirkende Verbindung der beweglichen Sache mit dem Grundstück infolge der besonderen Zweckbestimmung auch dann anzunehmen, wenn es an der Voraussetzung der Untrennbarkeit fehlt, nämlich in dem Falle, daß die bewegliche Sache „zur Herstellung eines Gebäudes", das selbst Grundstücksbestandteil ist, „eingefügt" wird. Aber auch in diesem Falle ist unbedingt vorausgesetzt, daß nach der allgemeinen Verkehrsauffassung und den besonderen Umständen infolge der Verbindung nur eine Sache in der Gestalt des Gebäudes vorliegt. So in der am meisten umstrittenen Frage der Bestandteilseigenschaft von Maschinen in Fabriken (RG 56, 290; 60, 423; 62, 252; 63 S. 173, 416; 67, 30; 69, 152; RG JW 1912, 128[1]; 1914, 238; Warn 09 Nr 58, 59; 1910 Nr 97, 190). Die Netze der Kabel- und Gasleitungen werden nicht Bestandteile der Anstaltsgrundstücke, auch nicht der Grundstücke, in denen die einzelnen Teile liegen, sie bleiben regelmäßig selbständige bewegliche Sachen (RG 83, 67; 87, 43; RG SeuffA 71 Nr 2; vgl. auch das. Nr 78) und erleiden deshalb durch Einsenkung in fremde Grundstücke in ihren Eigentumsverhältnissen keine Veränderung. Eine ganze Anlage für elektrische Beleuchtung ist als wesentlicher Bestandteil eines Hotelgrundstücks angesehen worden (RG 58, 338), bloße Beleuchtungskörper dagegen sind es nicht (RG JW 1917, 809). Rohstoffe, die für ein auf einem Grundstück zu errichtendes Werk angeliefert, aber noch nicht mit dem Grundstück verbunden sind, fallen nicht unter § 946 (RG 104, 93). Ein Gasbehälter aus zusammengenieteten Platten, der aus einem auf einer Betonschicht aufliegenden Becken und einer verschieblichen Glocke bestand, ist bei 2000 Kubikmeter Rauminhalt, 18 m Durchmesser und 100 Tonnen Gewicht, für eine mit dem Grund und Boden fest verbundene Sache nach § 94 Abs 2 erachtet worden (RG Warn 1932 Nr 114). Wird zunächst der Überbau für eine Brücke hergestellt und dann dieser Überbau durch Aufsetzen auf den Unterbau mit dem Grund und Boden verbunden, so sind nicht die zur Herstellung des Überbaus erforderlichen Eisenteile einzeln mit dem Grund und Boden verbunden, sondern die vorher fertiggestellte Sacheinheit des Überbaus. Das kann für den Anspruch nach § 951 Abs 1 wesentlich sein.

3. Erstreckung des Eigentums an dem Grundstück auf die Sache: d. h. es wird nunmehr der Grundstückseigentümer als solcher auch Eigentümer der bis zur Verbindung beweglichen und selbständigen Sache und der seitherige Eigentümer der letzteren verliert sein Eigentum endgültig. Nicht aber ist anzunehmen, daß an dieser Stelle des Gesetzes durch die eigenartige Fassung zum Ausdrucke gebracht werden sollte, auch dann, wenn der die Verbindung Herstellende zugleich Eigentümer des Grundstücks und der beweglichen Sache ist, habe die Verbindung zur Folge, daß nur mehr das Eigentum an dem Grundstück in Betracht kommt. Diese Frage ist ausschließlich nach den §§ 93ff. zu beantworten.

Die Vorschrift, daß die Verbindung den Eigentumswechsel bewirkt, ist zwingend. Auch eine Vereinbarung, daß dem bisherigen Eigentümer an der mit dem Grundstücke zu verbindenden Sache das Eigentum vorbehalten und das Recht zur Wiederwegnahme eingeräumt werden soll, kann den Verlust des Eigentums an der beweglichen Sache durch die Verbindung nicht hindern

(RG 73, 333; 130, 311). Die Verbindung muß aber auch stattfinden. Werden unfertige Fenster- und Türflügel versuchsweise eingehängt, um festzustellen, ob sie passen, und dann wieder herausgenommen, so ist das regelmäßig keine Verbindung im Sinne des § 946 (RG LZ 1915, 212). Der Eigentumsvorbehalt an angelieferten Bauteilen (Türen, Fenstern) ist also nicht völlig gegenstandslos (RG 19. 1. 14 VI 570/13).

4. **Verbindung mit mehreren Grundstücken.** In Frage kommt hier hauptsächlich das Überbauen mehrerer Grundstücke mit einem Gebäude. Erfolgt dieses Überbauen in Ausübung eines Rechtes an den Grundstücken (§ 95 Abs 1), so werden die Gebäude durch die Verbindung nicht Bestandteile der Grundstücke, § 946 ist also nicht anwendbar. Das gleiche hat zu gelten, wenn der Eigentümer eines Grundstücks ohne ein solches besonderes Recht über die Grenze gebaut hat und der Nachbar nach Lage des Falles gemäß § 912 verpflichtet ist, den Überbau zu dulden (RG 83, 147). Auch dieser Überbau wird nicht Bestandteil des Nachbargrundstücks, denn er besteht auf Grund des Rechtes, die Duldung zu verlangen. Erwirbt später der Grundstückseigentümer das überbaute Nachbargrundstück zu Eigentum, so wird der hinübergebaute Gebäudeteil nur dann Bestandteil dieses Grundstücks, wenn der Grundstückseigentümer den entsprechenden Willen äußert, etwa indem er den Überbau als Bestandteil auf dem Grundbuchblatt des überbauten Grundstücks vermerken läßt (RG 83, 149). Liegt ein Überbaufall nach §§ 912 oder 95 nicht vor, so fällt der Überbau und mit ihm fallen die in ihn eingefügten beweglichen Sachen nach Maßgabe des Laufes der Grenze als Bestandteile der Grundstücke in das Eigentum der einzelnen Grundstückseigentümer (RG 65, 361; 70, 200; RG 21. 12. 10 V 49/10; RG JW 1912, 129²). Daß in diesem Falle für die beiden Grundstückseigentümer eine Gemeinschaft im Sinne der §§ 741, 751 entstehe, verneint das Reichsgericht. Das wird man billigen müssen, ohne daß man anzuerkennen brauchte, daß infolge des Sondereigentums an den Gebäudeteilen jeder der beiden Grundstückseigentümer mit seinem Teil ganz ohne Rücksicht auf den Nachbar verfahren könnte. Die Anwendung des § 226 wird hier zu angemessenen Ergebnissen führen. Wegen der vertragsmäßig mit auf das Nachbargrundstück gesetzten Giebelmauer vgl. A 5 zu § 95.

§ 947

[1] [2] [2a] [3] **Werden bewegliche Sachen miteinander dergestalt verbunden, daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben.**

Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum.

E I 891 II 862; M 3 359; P 3 238, 239.

1. **Verbindung beweglicher Sachen mit anderen beweglichen Sachen:** Auch hier sind die Anforderungen an den äußeren Tatbestand der Verbindung die gleichen wie bei der Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstücke. Für den inneren Tatbestand aber kommen nur bezüglich derjenigen Gebäude, die nicht ihrerseits Grundstücksbestandteile sind, die Sätze des § 94 Abs 2 und des § 95 Abs 2 in Betracht. Vgl. daher § 946 A 2. Die Vorschrift des § 947 gilt auch, wenn derjenige, welcher die Sachen verbunden hat, der bisherige Eigentümer der Sachen war oder zu den bisherigen Eigentümern der Sachen gehörte (RGSt JW 1918, 567; RG Warn 1929 Nr 161). Die Frage, ob die Sachen selbständige Gegenstände bleiben oder Bestandteile einer neuen einheitlichen Sache werden, ist im wesentlichen Tatfrage. Rechtsfrage ist nur die richtige Anwendung der Grundsätze, nach denen das Vorhandensein der Bestandteilseigenschaft festzustellen ist (RG 17. 4. 34 VII 38/39 w. abgedr.). Wenn aus Sachen, welche im Eigentum verschiedener Eigentümer stehen, z. B. Karosserien, elektrischen Ausrüstungen, Schnellgängen, Rädern, Hinterachsen usw., **Kraftwagen** hergestellt werden, so werden die einzelnen Sachen zwar Bestandteile, aber nicht notwendig wesentliche Bestandteile der Kraftwagen (RG 10. 4. 34 VII 344/33 w. abgedr.).

Geht neben der Verbindung eine Bearbeitung einher und ist diese von solcher Bedeutung, daß eine Verarbeitung angenommen werden muß, so ist nicht § 947, sondern § 950 anzuwenden. Durch menschliche Tätigkeit braucht die Verbindung oder Vermischung im Sinne der §§ 947, 948 nicht zu erfolgen (RGSt LZ 1914, 397).

2. **Wirkung der Verbindung:** Abweichend vom § 946 sind hier zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder es kann keine der beiden verbundenen Sachen als die Hauptsache betrachtet werden, dann entsteht eine neue Sache, deren Bestandteile die verbundenen Sachen sind. Diese selbst aber sind nach der Verbindung als selbständige Sachen nicht mehr vorhanden. Für diesen Fall bestimmt das Gesetz, daß die Eigentümer der vormals selbständigen Sachen nun nach dem Wertverhältnisse Miteigentümer werden. Ist das Wertverhältnis nicht feststellbar, so findet § 742

(gleiche Anteile) auch nicht hilfsweise Anwendung; wer seinen Anteil nicht beweisen kann, erhält nichts; die Sonderregelung des § 948 schließt gemäß § 741 ein Zurückgreifen auf § 742 aus (RG 112, 102). Ist aber eine der verbundenen Sachen die Hauptsache, dann entsteht eine neue Sache überhaupt nicht, sondern die Nebensache geht durch die Verbindung als Bestandteil in der Hauptsache auf, und das Eigentum an der Hauptsache erstreckt sich auf die damit verbundene Nebensache. Ob das Verhältnis von Hauptsache zu Nebensache vorliegt, und welche der Sachen Hauptsache ist, dafür gibt es keine allgemein gültigen Regeln. Insbesondere ist dafür auch nicht der überwiegende Wert notwendig entscheidend. Die Entscheidung ist vielmehr in Würdigung der besonderen Umstände des Falles nach der allgemeinen Verkehrsauffassung zu treffen.

2 a. Einzelheiten: Die Veredelung von Sträuchern durch Einsetzen von Augen anderer Arten, sog. Edelreisern, ist „Verbindung"; der Wildling ist gegenüber dem Auge die Hauptsache, auch wenn der Wildling „wurzelecht" gemacht wird (RG JW 1928, 2448[13]). Werden Lade- und Ankerwinden in ein Frachtschiff eingebaut, so werden sie durch Verbindung dessen wesentliche Bestandteile, der Eigentümer des Schiffs erwirbt nach Abs 2 das Eigentum an den Winden, auch wenn ihr bisheriger Eigentümer sich das Eigentum daran vorbehalten hat (RG 11. 12. 31 VII 239/31). Wird eine neue Landungsbrücke unter Verwendung von einigen bereits eingerammten Pfählen der alten Landungsbrücke erbaut, so kann die neue Brücke als die Hauptsache angesehen werden (RG 9. 12. 32 VII 209/32). Eine Gehegebude, die bis auf den Keller und zwei Außenwände neu gebaut ist, ist eine neue Sache; die Herausgabe der alten Bude ist deshalb unmöglich (RG Warn 1929 Nr 161). Die in eine Briefmarkensammlung eingeklebte Briefmarke ist Nebensache (SeuffA 73 Nr 121).

3. Die dinglichen Wirkungen der Verbindung treten unabhängig von dem Willen und sogar gegen den Willen der etwa dabei tätigen Menschen ein (RG 94, 129). Abweichende Abreden können nur wirksam werden, wenn die sachenrechtlichen Formen ihrer Durchführung erfüllt werden (§§ 929ff.; vgl. § 948 A 2).

§ 948

Werden bewegliche Sachen [1]) miteinander untrennbar [3]) vermischt oder vermengt [2]), so finden die Vorschriften des § 947 entsprechende Anwendung [4]) [5]) [6]).

Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde.

E I 892 II 863; M 3 359, 360; P 3 239.

1. Bewegliche Sachen aller Art. So zusammengeschüttetes Getreide (RG 3. 1. 06 I 306/05; 307/05; RG 67, 421), durcheinander gekommene Bohlen (RG 4. 5. 06 VII 407/05), Geld (RGSt Warn 1918 Nr 117; RG 9. 7. 06 VI 567/05; RG 103, 288). Auch Tiere sind nicht ausgeschlossen. Wegen des Lagergeschäfts vgl. § 419 HGB und A 6 zu § 700, wegen des Effekten-Giro-Depots vgl. A 3.

2. werden ... vermischt oder vermengt: die Vermischung oder Vermengung braucht nicht durch menschliche Tätigkeit zu erfolgen (vgl. § 947 A 1). Auch wenn der eine Teil der vermengten Sachen erheblich größer war, als der andere, braucht der erstere nicht als Hauptsache im Sinne des § 947 Abs 2 angesehen zu werden, so daß Alleineigentum entstünde (RG Gruch 68, 521). — Gießt der eine Eigentümer seinen Wein zu dem des andern, um diesem einigungsgemäß das Eigentum zu übertragen, so geht das Eigentum nach § 929 Satz 1 über, wenn der Erwerber unmittelbarer Besitzer seines Weines ist, nach § 930, wenn der Erwerber nur mittelbarer Besitzer seines Weines ist, sich dieser etwa im Keller des Veräußerers zur Aufbewahrung befindet. Miteigentum nach § 948 entsteht dann nicht (vgl. § 947 A 3). Im übrigen ist bei der Vermischung von Wein nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen, ob eine der beiden Weinmengen Hauptsache ist. In diesem Falle wird dessen Eigentümer bei der Vermischung Eigentümer der Gesamtmenge. So, wenn im Verlaufe der ordnungsmäßigen Kellerbehandlung die Fässer nachgefüllt werden, im Gegensatze zur Vermischung größerer Mengen, bei der Miteigentum entsteht. Der Eigentumsvorbehalt an dem einen der vermischten Weine kann dann wirksam bleiben (LZ 1914, 92).

3. untrennbar: ob die Trennung möglich oder nicht, ist Tatfrage. Die Kosten für die Trennung sind **unverhältnismäßig,** wenn sie nicht im Verhältnis stehen zu den wirtschaftlichen Werten, welche durch die Trennung hergestellt oder wiederhergestellt werden. Schon in der vorigen Auflage ist an dieser Stelle ausgeführt worden, daß die im **Effekten-Giro-Depot** verwahrten Wertpapiere miteinander „vermischt" und dadurch zum Miteigentum aller früheren Eigentümer der betreffenden Stücke gemacht würden. Diese Untersuchung hat jetzt wesentlich an Bedeutung verloren, da nach der neuen Fassung, welche die Geschäftsordnungen der Effekten-Giro-Banken 1928 erhalten haben, das Miteigentum schon bei der Einlieferung durch rechts-

geschäftliche Erklärungen der Beteiligten begründet wird. Wenn es zu der „Vermischung" kommt, besteht das Miteigentum also bereits, vgl. hierzu A 6 zu § 700. Für den Fall einer Nichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Erklärungen sind aber die in der vorigen Auflage gegebenen Darlegungen trotz dem hervorgetretenen Widerspruch aufrecht zu erhalten. Wenn also z. B. die Bank des Berliner Kassen-Vereins die Aktien einer bestimmten Gesellschaft zur Einlieferung in ihr Effekten-Giro-Depot aufruft, wenn dann diese Aktien — es brauchen nicht gerade alle zu sein — eingeliefert und nicht getrennt nach Eigentümern, vielmehr miteinander vermischt eingelagert werden, so ist das trotz den Nummern, welche die Aktien tragen, eine wirkliche Vermischung im Sinne des § 948, und es ist zu fragen, ob und welche wirtschaftlichen Werte dadurch neu- oder wiedergeschaffen werden, daß man die Aktien aus dem Verschluß herausholt und nach Eigentümern ordnet. Das ist natürlich möglich, aber es erfordert eine erhebliche Arbeit und Aufsicht, zumal da die Mäntel und die Bogen je für sich aufbewahrt werden. Werden die dadurch entstehenden Kosten als unverhältnismäßig angesehen, bleiben also die Aktien eingelagert, so erlangen die bisherigen Einzeleigentümer der Aktien Miteigentum nach Bruchteilen an dem eingelagerten Aktienpaket, und zwar im Verhältnis der Zahl der jedem bisher gehörigen Aktien zu der Gesamtzahl der eingelagerten Aktien. Werden die Kosten aufgewendet und wird die Arbeit geleistet, so bleibt jeder Eigentümer der ihm bisher gehörigen Einzelaktien. Das Eigentum an einer bestimmten einzelnen Aktie hat aber **wirtschaftlich keinen höheren Wert** als z. B. das Miteigentum zu einem Tausendstel an einem eingelagerten Aktienpaket von 1000 Aktien. Auch der Miteigentümer kann frei über seinen Anteil verfügen, § 747 und § 700 A 6, § 1008 A 5 Bb. Das Eigentumsrecht, das im Konkurse die Aussonderung rechtfertigt, steht zwar nicht dem einzelnen Miteigentümer, wohl aber ihnen in ihrer Gesamtheit zu. Der Verkehr bewertet deshalb Aktien, die tatsächlich — effektiv — geliefert werden, nicht höher, als Aktien, die durch weißen oder roten Scheck auf den Berliner Kassen-Verein geliefert werden. Das hält auch das **RG** (139, 116) für richtig. Danach ist es wirtschaftlich gerechtfertigt, die Aufwendung der Trennungskosten abzulehnen, weil die Trennung keine Werte schafft oder wiederschafft, welche die vereinigten Aktien nicht auch hätten, weil die Kosten also unverhältnismäßig sind. — Werden nachträglich noch Aktien der aufgerufenen Gattung eingeliefert und mit den schon vorhandenen eingelagert, so ist die Rechtslage die entsprechende. Der Eigentümer der neu eingelieferten Aktien wird Miteigentümer des eingelagerten Aktienpakets einschließlich seiner bisherigen Aktien, die bisherigen Miteigentümer des Aktienpakets werden auch Miteigentümer der neu eingelagerten Aktien; vgl. hierzu **RG** Gruch 68, 521 oben in A 2. — Durch Vertrag kann die Unverhältnismäßigkeit der Kosten nicht festgelegt werden. Sie ist entweder gegenständlich vorhanden oder nicht.

Stellungnahme des Reichsgerichts zur Frage der Vermischung bei dem Effekten-Giro-Depot: Die Entscheidung **RG** 21, 33, welche eine Steuerfrage behandelt, ist noch unter der Herrschaft des ALR ergangen, das eine dem § 948 Abs 2 ähnliche Vorschrift nicht kannte. Das dort (S. 38) angenommene Gemeinschaftsverhältnis der Einlieferer kann daher kaum eine Gemeinschaft der Miteigentümer, vielmehr nur eine Gemeinschaft der aus den Verwahrungsverträgen berechtigten Hinterleger sein. Mit Miteigentum und seiner Übertragung wird wenigstens im weiteren Verlauf der Entscheidung nicht gerechnet, nur mit Gattungsverkauf oder Übertragung des schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs. Eher für das Miteigentum der an einem Sammeldepot beteiligten Hinterleger läßt sich **RG** LZ 1908, 233 verwerten. Geradezu auf dem Boden der Vermischungslehre steht wohl das Urteil **RG** JW 1930, 1385, welches über Vorgänge aus dem Jahre 1925 zu entscheiden hatte. Grundsätzlich erörtert ist die Frage aber auch dort nicht. Nichts zu entnehmen ist aus **RG** LZ 28, 626; JW 1932, 238, wo das Effekten-Giro-Depot übrigens einmal irrtümlich, aber unschädlich als Stückekonto bezeichnet wird, und endlich nicht aus dem Urteil vom 14. 12. 32 I 166/32. In der Entscheidung **RG** BankA 29, 281 wird Entstehung von Miteigentum durch Vermischung nur unterstellt.

4. **entsprechende Anwendung,** d. h. die Eigentümer der vermischten Sachen werden Miteigentümer der Gesamtmasse nach Verhältnis des Wertes der von ihnen herrührenden Sachen. Vgl. aber oben in A 2 zu § 947 **RG** 112, 102. Hat eine der vermischten Sachen die Eigenschaft der Hauptsache, so wird deren Eigentümer Alleineigentümer der Gesamtmasse.

5. Stellt sich die Vermischung als Verarbeitung dar (z. B. Verwendung fremder Milch zum Kuchenbacken), so findet nur § 950 Anwendung (vgl. § 947 A 1).

6. Die Vermischung von **Geld,** in Stücken oder Scheinen, wird im BGB nicht besonders behandelt. Sie folgt den allgemeinen Regeln. Darüber, daß auch Geld „vermischt" werden kann, vgl. **RG**St Warn 1918 Nr 117, **RG** Warn 1920 Nr 160. Nicht vermischt sind die Geldstücke, wenn sie als Eigentum der Sondereigentümer noch erkennbar sind, etwa weil die Markstücke dem A, die Zweimarkstücke dem B gehören. Ist bei einer Vermischung festzustellen, wieviel jedem der Beteiligten gehörte, so bestimmen sich danach ihre Miteigentumsanteile, vgl. A 4. Von Haupt- und Nebensachen läßt sich bei bloßen Mengenunterschieden nicht sprechen. Sind die Summen nicht feststellbar, läßt sich auch nicht nachweisen, daß von anderer Seite eine bestimmte Mindestmenge dazu gekommen ist, so verbleibt alles Geld dem Besitzer, der For-

dernde ist eben beweisfällig. § 742 ist gegenüber der in § 948 getroffenen Sonderregelung nicht anwendbar; vgl. hierzu RG 112, 102, wo es sich allerdings nicht um Geld, sondern um Getreide handelte.

§ 949

Erlischt nach den §§ 946 bis 948 das Eigentum an einer Sache, so erlöschen auch die sonstigen an der Sache bestehenden Rechte [1]. Erwirbt der Eigentümer der belasteten Sache Miteigentum, so bestehen die Rechte an dem Anteile fort, der an die Stelle der Sache tritt [1]. Wird der Eigentümer der belasteten Sache Alleineigentümer, so erstrecken sich die Rechte auf die hinzutretende Sache [2] [3].

E I 895 II 864; M 3 361, 362; P 3 243.

1. Erlöschen der Rechte Dritter: Wie durch Verbindung, Vermischung, Vermengung das Eigentum an den Sachen endgültig untergeht, die vormals selbständig waren, weil sie ihre selbständige Rechtsstellung verloren haben, so erlöschen zugleich aus demselben Grunde endgültig auch die an jenen Sachen bestehenden sonstigen Rechte. Sie erlöschen ohne Rücksicht auf den guten Glauben dessen, der durch den Vorgang Eigentum und Lastenfreiheit erwirbt. Sie erlöschen aber in den Fällen der §§ 947, 948 (Verbindung, Vermischung, Vermengung beweglicher Sachen) in der Regel nicht ohne dinglichen Ersatz. Nur wenn Alleineigentum an der neuen Gesamtsache entstand, weil eine der zusammengekommenen Teilsachen Hauptsache war, entfällt der dingliche Ersatz für die Rechte an der Nebensache. Sonst tritt ersatzweise an die Stelle des Alleineigentums an der Teilsache das wertentsprechende Miteigentum an der Gesamtsache, an die Stelle des Rechtes an der Sache das Recht am Anteil. Auf die Ersatzrechte gehen im übrigen alle Eigenschaften der ersetzten über. Sie kommen in ebendieselbe Rechtslage. — War eine der verbundenen oder vermischten Sachen gestohlen oder verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen (§ 935), so steht das dem gutgläubigen Eigentumserwerb an der neuen einheitlichen Sache (§ 947) oder den mehreren vermischten Sachen (§ 948) nicht mehr im Wege ohne Rücksicht darauf, ob Alleineigentum geschaffen worden ist oder Miteigentum, vgl. § 935 A 1.

2. Erstreckung der Rechte Dritter: Ist die belastete Sache Hauptsache, wird also deren Eigentümer Alleineigentümer der Gesamtsache, so gewinnen die Inhaber die Rechte an der Hauptsache. Ihre Rechte bestehen nun fort, aber an der Gesamtsache. Dies gilt ohne weiteres für belastete Grundstücke, wenn bewegliche Sachen mit ihnen nach § 946 verbunden werden.

3. Entsprechende Anwendung auf Verbindung, Vermischung und Vermengung von Sachen ein und desselben Eigentümers. Daß bei der Verbindung beweglicher Sachen mit Grundstücken, bei der Verbindung, Vermischung, Vermengung einer beweglichen Hauptsache mit andern beweglichen Sachen die an dem Grundstück und der Hauptsache bestehenden Rechte sich von selbst auf die einverleibten Nebensachen erstrecken und deren Belastung ersatzlos verdrängen, ergibt sich aus dem Aufgehen der Nebensache in der Hauptsache notwendig auch für den Fall, daß Haupt- und Nebensache im Eigentum desselben Eigentümers stehen. Für diese Fälle kann nicht wohl von einer entsprechenden Anwendung des § 949 gesprochen werden. Dagegen ist eine solche entsprechende Anwendung unumgänglich, wenn belastete bewegliche Sachen desselben Eigentümers, die zueinander nicht im Verhältnisse von Haupt- und Nebensache stehen, miteinander verbunden, vermischt oder vermengt werden. Denn die beiderseitigen Belastungen unverändert bestehen zu lassen, ist mit den Geboten der Gerechtigkeit unvereinbar, die Absicht des Gesetzes, die Rechte anteilsweise aufrechtzuerhalten, unbezweifelbar. Es erübrigt darum nur die entsprechende Anwendung des § 949 Satz 2 dahin, daß die bisher an den einzelnen Sachen bestandenen Rechte nun zu Rechten an Anteilen werden, die zu diesem Zwecke als Bruchteile nach dem Verhältnisse des Wertes der Einzelsachen an der Gesamtsache zu unterstellen sind (RG 67 S. 421, 425).

§ 950

[1] Wer durch Verarbeitung oder Umbildung [2] eines oder mehrerer Stoffe [3] eine neue bewegliche Sache [4] herstellt [5], erwirbt das Eigentum an der neuen Sache [6], sofern nicht [7] der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung [8] erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche [9].

Mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte [10].

E I 893, 894, 895 II 865; M 3 360—362; P 3 239, 243.

1. **Eigentumserwerb durch Verarbeitung (Spezifikation).** Entsteht durch Verarbeitung und Umbildung aus Stoff und Arbeit eine neue Sache, so ist vom Gesetzgeber die Wahl zu treffen, wer Eigentümer der neuen Sache sein soll, der Eigentümer des Stoffes oder der, der die Sache daraus geschaffen. Das BGB entscheidet zugunsten der Arbeit, sofern nicht deren Wert erheblich geringer ist als der des Stoffes. Das entspricht auch den heutigen Anschauungen von der Bedeutung der Arbeit. Unmittelbar trifft das Gesetz nur den Fall, daß es sich um Stoffe eines einzigen Eigentümers handelt, es gilt aber auch, wenn mehrere Miteigentümer in Frage kommen (RGSt JW 1918, 567). Verarbeitet einer der Miteigentümer die im Miteigentum stehenden Stoffe, so erwirbt auch hier der „Hersteller" (A 5) das Eigentum, also der einzelne Miteigentümer, wenn er der Hersteller ist, und die Gesamtheit der Miteigentümer, wenn sie als der Hersteller in Betracht kommt, wie das in dem schon angeführten Fall (RGSt JW 1918, 567) zutraf. Dem dort im Anschluß an Prot S. 3769 (b. Mugdan Bd. 3 S. 646) weiter ausgesprochenen Gedanken, daß bei Verarbeitung von Stoffen durch einen der Miteigentümer nur der § 947 anzuwenden sei, kann nicht zugestimmt werden, auf ihm beruht das Urteil auch nicht. — § 950 greift auch ein, wenn der Eigentümer selbst seine eigene Sache derart umbildet, daß sie eine neue Sache wird. Die alte Sache kann dann nicht mehr herausgegeben werden (RG Warn 1929 Nr 161).

2. **Die Verarbeitung ist nicht Rechtsgeschäft, aber menschliche Tätigkeit, Handlung.** Wandeln sich die Stoffe ohne menschliches Zutun durch anderweite Einflüsse — z. B. durch Kristallisation außerhalb eines darauf gerichteten Betriebs oder durch selbsttätiges Brüten einer Henne auf fremden Eiern — in neue Sachen um, so hat das einen Eigentumswechsel nach § 950 nicht zur Folge. Für die Veredelungstätigkeit an Sträuchern kommt § 950 nicht in Frage. Das Einfügen des Auges oder Edelreises in den am Wildling angebrachten Einschnitt und die anschließende Pflege der Pflanze sind keine Verarbeitung oder Umbildung; hier wirken im wesentlichen Kräfte der Natur, nicht solche der Menschen, die nur unterstützend und fördernd hinzutreten (RG JW 1928, 2448[13]). Der Mangel der Geschäftsfähigkeit hindert den Eigentumserwerb nicht (vgl. § 105 A 1). Absicht des Eigentumserwerbs ist nicht Voraussetzung, noch weniger guter Glaube an das Recht dazu (OLG 26, 60). Auch der Dieb kann an einer gestohlenen Sache Eigentum nach § 950 erwerben (RGSt 53, 167). Der Hersteller erwirbt aber nicht notwendig selbst das Eigentum, sondern nur, wenn er nichts anderes will. Stellt er die Sache für einen andern, den Geschäftsherrn, her, so wird dieser Eigentümer (RGSt 37, 329f.; 66, 207, betr. den Geschäftsführer einer GmbH; JW 1918, 567; RG 72, 281ff.). Verarbeitet A im Werklohn für B Rohstoffe, die ihm auf Veranlassung von B durch C zugesandt sind, so wird B Eigentümer der neuen Sachen, A erwirbt nur ein Pfandrecht nach § 647 oder gegebenenfalls ein Zurückbehaltungsrecht nach § 369 Abs 1 HGB (RG 3. 5. 28 VI 425/27). Wer Holz unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers kauft, um es zu verarbeiten, und ausmacht, daß auch die hergestellten Gegenstände Eigentum des Verkäufers bleiben sollen, erwirbt nicht Eigentum nach § 950 (SeuffA 71 Nr 255). In derselben Weise ist Eigentumsvorbehalt auch an Halb- und Fertigwaren zulässig und wirksam. Dasselbe gilt, wenn die Ware mit andern Waren zu einem einheitlichen neuen Stoff verarbeitet wird. Es entsteht dann Miteigentum der Lieferanten, gegebenenfalls ist auch der Verarbeiter daran beteiligt, nämlich wenn auch er Ware geliefert hat (JW 1930, 2798[1]; 1932, 2634[7]). Auch einem Handelsgebrauch, wonach das Mehl dem Eigentümer des verarbeiteten Getreides verbleibt, wenn er dieses unter Eigentumsvorbehalt verkauft und übergeben hatte, ist gegenüber § 950 Wirksamkeit zuzuerkennen. Einmal tritt der Wert des Vermahlens erheblich hinter dem Wert des Getreides zurück, es ist aber auch eine Vereinbarung in der angedeuteten Richtung möglich (RG 138, 88). Wird dem Handwerker ein Stoff geliefert, damit er daraus eine Sache für den Eigentümer herstelle, so wird dieser jedenfalls Eigentümer auch der neu hergestellten Sache (RG 17. 10. 22 VII 696/21). Aber ein Dienstberechtigter kann nicht allein deshalb, weil er aus eigenen Mitteln die Materialien und die Arbeitskräfte gestellt hat, die Herausgabe der Modelle verlangen. Seinem Herausgabeanspruch kann der Dienstverpflichtete im Hinblick auf den ihm gehörigen Erfindungsgedanken den Einwand entgegensetzen, daß er ihm gegenüber schuldrechtlich zum Besitz berechtigt sei (RG 105, 315). Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, mit dem von einem andern entliehenen Gelde Sachen für ihn herzustellen, darf der genügenden Bestimmbarkeit nicht entbehren (RG SeuffA 69 Nr 107).

3. **Stoffe: nicht notwendig Rohstoffe.** Auch eine schon bearbeitete Sache kann als Stoff für weitere Verarbeitung dienen. Das wird sogar die Regel sein.

4. **Neue Sache:** Der Begriff ist vom Gesetz nicht bestimmt, daher dem Richter zur Entscheidung nach der Verkehrsauffassung überlassen. Gedacht ist offenbar an eine neue Sache höherer Art. Der feste, trockene, transport- und brennfähige Streichtorfziegel ist gegenüber der nassen und formlosen Torferde eine neue Sache (RG LZ 24, 587). Das Zerschneiden gestohlener Altarbildwerke in einzelne Bildergruppen und Figuren schafft keine neuen Sachen (RGSt 57, 160). Ebensowenig wird durch das Ausbessern eines alten Bildes eine neue Sache geschaffen (RG 138, 50).

5. **Hersteller:** Das Wort ist nicht im engen Sinne zu verstehen von dem, der selbst zur Umbildung Hand anlegt, sondern im Verkehrssinne. Bei den in Fabriken und sonstigen Arbeitsbetrieben hergestellten Waren kommen nicht die Arbeiter als Hersteller in Betracht, sondern die

Geschäftsinhaber (RGSt 55, 49). Der Arbeiter ist selbst dann nicht Hersteller im Sinne des § 950, wenn er während des Betriebs die Absicht haben, ja sogar die Absicht äußern sollte, die Sache für sich zu verarbeiten oder zu behalten. Wohl aber kann er Hersteller sein, wenn er außerhalb des Betriebs eine gleiche Arbeit für sich macht. Bei Heimarbeit kann je nach den Umständen der Heimarbeiter oder der den Stoff liefernde Unternehmer der Hersteller sein, letzterer zumeist dann, wenn der einzelne Heimarbeiter die Bearbeitung nicht ganz durchführt, sondern jeder nur einen bestimmten Teil der Bearbeitung übernimmt. Wie der Geschäftsinhaber, so gilt aber auch der Private als Hersteller, wenn er durch einen andern Unselbständigen eine Sache herstellen läßt (BayObLG JW 1924, 1612[1]). Auch wer auf Grund Werkvertrags eine Sache herstellen läßt, kann Hersteller im Verkehrssinne sein. Dagegen muß der Schneider, der einen Anzug nach Maß liefert und den Stoff selbst dazu gibt, als Hersteller bezeichnet werden. Nur wird auch er in der Regel das Eigentum des Stoffes nicht durch Verarbeitung erwerben, sondern, wenn er die Stoffe nicht fest übernommen hat, auf Grund der Erlaubnis des Tuchlieferanten, die gelieferten Stoffe sich zur Verarbeitung anzueignen. Der Kreis der Fälle des Eigentumserwerbs durch Verarbeitung ist geringer, als es zunächst scheint.

6. **Der Eigentumserwerb und damit der Eigentumsverlust des Stoffeigentümers ist endgültig.** Auch die Rückverwandlung der neuen Sache in den Rohstoff bringt dem Stoffeigentümer sein Eigentum nicht zurück.

7. **sofern nicht,** d. h. sofern nicht der Gegner beweist, daß der Wert erheblich geringer ist.

8. **Wert der Verarbeitung,** d. i. nicht der Aufwand für die Arbeitsleistung, sondern der Wert der geleisteten Arbeit, wie er sich im Sachwert verkörpert. Der Wert der Verarbeitung wird sich also ergeben, wenn der Wert des Stoffes von dem Werte der neuen Sache abgezogen wird. So jetzt auch RG 10. 4. 34 VII 344/33 w. abgedr. Der Wert des Vermahlens bleibt erheblich hinter dem Wert des Getreides (RG 138, 88), der Wert der Verarbeitung zum Pelz erheblich hinter dem Wert des Silberfuchsfelles zurück (JW 1930, 2458[2]).

9. **Bearbeitung der Oberfläche** durch Schreiben, Zeichnen, Malen führt zum Eigentumswechsel doch nur insoweit, als damit eine neue Sache hergestellt ist. Das Bemalen einer Leinwand mit einem Ölgemälde wird hiernach Eigentumswechsel zur Folge haben können, das Aufmalen von Verzierungen auf Schränke und Truhen wird zu einem solchen in der Regel nicht führen. Dies selbst dann nicht, wenn der Wert der Schränke und Truhen geringer ist als der der Malerei. Setzt der Künstler auf ein Gemälde seinen Namen, so stellt er damit allerdings eine Privaturkunde her, aber das Gemälde bleibt die alte selbständige Sache, ein Eigentumswechsel wird nicht herbeigeführt (RGSt 56, 357).

10. **Das Erlöschen der Rechte Dritter** erfolgt unmittelbar kraft des Eigentumswechsels endgültig und ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber sich in gutem Glauben befand oder nicht.

Fraglich kann sein, ob auch bei der Verarbeitung des eigenen Stoffes zu einer neuen Sache die Rechte an dem Stoffe erlöschen. Die überwiegende Meinung bejaht die Frage. Es läßt sich aber nicht verkennen, daß für die Bejahung nicht bei allen Fällen der Verarbeitung die gleich triftigen Gründe sprechen wie bei den Fällen der Verbindung und Vermischung (vgl. § 949 A 3). Gegen das Erlöschen der Rechte Dritter in solchem Falle spricht eine Erwägung: der § 950 soll den Widerstreit zwischen dem Recht der Arbeit und dem Recht des Stoffes entscheiden. Ist der Verarbeitende Eigentümer des Stoffes, so kann von einem solchen Widerstreit nicht wohl gesprochen werden, es sei denn, daß das dingliche Recht des Dritten seiner Art nach mit dem Wesen der durch die Verarbeitung entstandenen neuen Sache nicht vereinbar ist. Nur für den letzteren Fall rechtfertigt sich darum die entsprechende Anwendung des Abs 2.

§ 951

Wer infolge der Vorschriften der §§ 946 bis 950 einen Rechtsverlust erleidet [1]), kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt [2]), Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung [3]) fordern. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden [4]).

Die Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen unerlaubter Handlungen sowie die Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen und über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung bleiben unberührt [5]). In den Fällen der §§ 946, 947 ist die Wegnahme nach den für das Wegnahmerecht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer geltenden Vorschriften [6]) auch dann zulässig, wenn die Verbindung nicht von dem Besitzer der Hauptsache bewirkt worden ist.

E I 897 II 866; M 3 362, 363; P 3 244, 245; 6 235, 238, 239, 388.

1. **Rechtsverlust erleidet** nach §§ 946—950, wer das Eigentum einer Sache verliert, weil sie mit einem Grundstücke verbunden (RG 51, 80) oder als Nebensache mit einer andern beweglichen Hauptsache verbunden, vermischt oder vermengt ist, oder weil sie zu einer neuen Sache verarbeitet worden ist (SeuffA 66 Nr 52). Rechtsverlust erleidet, wer aus gleichem Grunde ein Recht an einer solchen Sache (Pfandrecht oder Nießbrauch) verloren hat. Keinen Rechtsverlust erleidet, wer das Eigentum nur gegen Ersatz durch Miteigentum an der Gesamtsache, das Recht an der Sache nur gegen Ersatz durch das Recht am Anteil verliert. Keinen Rechtsverlust im Sinne der §§ 946—950 erleidet, wer das Eigentum an seiner Sache schon aufgibt, bevor sie mit der des andern verbunden usw. wird (RG JW 03 Beil 24[49]), wer die Verbindung usw. auf Grund einer ihm gegenüber dem Eigentümer der andern Sache obliegenden Verpflichtung vornimmt (RG SeuffA 63 Nr 11) oder wer die Verbindung usw. unter Verzicht auf Ersatz vornimmt (RG 6. 2. 18 V 232/17). Bestand die Pflicht zur Verbindung usw. gegenüber einem Dritten, so liegt gegebenenfalls eine Bereicherung des Begünstigten auf Kosten des Dritten vor (RG JW 1919, 715[1]; LZ 1928, 1249; RG 130, 312). In RG 130, 312 ist die in der Entsch. v. 24. 9. 25 IV 183/25 vertretene abweichende Ansicht ausdrücklich aufgegeben.

2. **Die Rechtsänderung tritt zugunsten des neuen Eigentümers ein.** Soweit man anzunehmen hat, daß der Eigentümer durch Verarbeitung seines eigenen Stoffes diesen von den darauf ruhenden dinglichen Rechten Dritter befreit, ist auch auf ihn § 951 Abs 1 anwendbar. Der Hypothekengläubiger des Grundstücks, mit dem die Sache verbunden wurde, der Pfandrechtsbesitzer an der Hauptsache, dessen Recht sich auf die hinzugetretene Nebensache erstreckte, sind nur mittelbar begünstigt (RG 63, 423).

3. **Vergütung nach den Vorschriften über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung.** Vgl. §§ 818, 819. Hier herrscht Streit. In RG 81, 206 hat der IV. Senat ausgesprochen, daß die Verweisung nicht den Tatbestand bestimmen soll, der die Herausgabepflicht erzeugt, daß sie vielmehr nur den Umfang der als vorhanden angenommenen Herausgabepflicht begrenzen und den Verpflichteten günstiger stellen soll, als dem strengen Recht entsprechen würde. Vorher und nachher hat sich aber der IV. Senat mit Recht dazu bekannt, daß die Voraussetzungen des § 812 Abs 1 gegeben sein müssen, wenn ein Anspruch nach § 951 entstehen soll; seine Besonderheit ist aber darin zu finden, daß er stets auf Wertersatz gerichtet ist, auch wenn § 818 Abs 2 nicht zutrifft (RG SeuffA 63 Nr 11; 2. 4. 28 IV 482/27; 130, 312). Nicht unbedenklich deshalb RG 139, 22. Die in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage, ob ohne die ausdrückliche Vorschrift des § 951 Abs 1 Satz 1 ein Bereicherungsanspruch nicht gegeben wäre oder ob sie nur den ohnehin zulässigen Anspruch bestätige und in seiner oben gekennzeichneten Besonderheit festlege, kann hier nicht erörtert werden. Ihre Entscheidung ist wichtig dafür, ob auch in anderen Fällen des Rechtsverlustes, z. B. nach § 937, ein Bereicherungsanspruch zuzubilligen oder, soweit nicht ausdrücklich zugelassen, abzulehnen ist. Das hängt wieder davon ab, ob man in der vom Gesetz verordneten dinglichen Rechtsänderung einen rechtlichen Grund im Sinne von § 812 Abs 1 zu erblicken hat. Diese Frage dürfte zu verneinen sein, vgl. A 1 zu § 977. — Durch einen etwa nach § 179 erworbenen Anspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht wird der Anspruch gegen den Begünstigten nicht ausgeschlossen (RG JW 1919, 715[1]). Zu vergüten ist stets der Geldwert des Vorteils, den der durch den Vorgang Begünstigte durch ihn erlangt hat und nur durch ihn. Andere Vorgänge bleiben außer Betracht. Wer Ware zur Verarbeitung gekauft und übergeben erhalten, wegen Eingreifens von § 935 aber Eigentum daran erst durch die Verarbeitung erlangt hat, darf den bezahlten Kaufpreis von der nach § 950 Abs 1 bewirkten Vermögensvermehrung nicht abziehen, wohl aber die Kosten der Verarbeitung (RG 106, 7). Die Vergütung ist zu berechnen nach dem Zeitpunkt, wann der Empfänger die Sache erlangt hat, bei Gebäuden ist also nicht der gegenwärtige Wert maßgebend, sondern ihr Wert im Zeitpunkt ihrer Vollendung und das selbst dann, wenn die Aufwendungen des Erbauers geringer sein sollten (RG 130, 313; Gruch 67, 316). § 997 Abs 2 ist hier nicht anwendbar, er setzt eine Vindikation voraus (RG Gruch 67, 316). — Für die **Höhe** des Bereicherungsanspruches kann es wesentlich sein, ob mehrere einzelne Sachen, z. B. Eisenteile, mit dem Grund und Boden verbunden werden, oder eine aus den Einzelsachen bereits hergestellte einheitliche Sache, z. B. ein Brückenüberbau (RG 132, 347). Vgl. dazu A 2 zu § 946. — Zum Ausgleich der Geldverschlechterung hat **Umwertung,** nicht Aufwertung einzutreten (RG 114, 342; 118, 185; 120, 80; 130, 313).

4. **Die Vorschriften des Abs 1 sind nicht zwingend,** sondern lassen abweichende Vereinbarung der Beteiligten zu.

5. **Vorbehalt weitergehender Rechte aus andern Rechtsgründen.** Die Aufzählung ist nicht abschließend. Einen Fall der Eigentumsverletzung nach § 823 behandelt RG 106, 153. Aus der Verpflichtung zum Schadensersatz kann sich auch die Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes ergeben (§§ 249 f.). Die Vorschrift im Satz 3 des Abs 1 steht nicht entgegen (RG 30. 4. 20 VII 490/19).

6. **Wegnahmerecht** vgl. § 997.

§ 952

[1]) **Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu [2]). Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein [3]).**

Das gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe [4]).

E I 1109 II 867; M 3 744, 745; P 3 644—646.

1. Sondervorschrift über das Eigentum an Schuldscheinen und ähnlichen Urkunden. Der Schuldschein ist eine die Schuldverpflichtung begründende oder bestätigende, vom Schuldner zum Beweis für das Bestehen der Schuld ausgestellte Urkunde (RG 116, 173; 120, 89; 127, 171). Dabei genügt es für einen Schuldschein im Sinne des BGB, wenn sich seine Erfordernisse in zwei nur innerlich zusammengehörigen Urkunden finden, von denen die eine auf die andere Bezug nimmt, während ein Schuldschein im Sinne von § 30 Abs 3 AnlAblG entweder aus einer alle Erfordernisse enthaltenden Urkunde oder aus zwei äußerlich zu einer Einheit verbundenen Urkunden bestehen muß; zwei nur innerlich zusammengehörige Urkunden genügen hier in der Regel nicht (RG 131, 6 u. 12). — Die Vorschrift des § 952 ist nicht zwingend, sondern läßt anderweitige Verfügung der Beteiligten zu (RG 51, 85; 91, 157). Sie hat indessen zur Folge, daß die Vorschriften des BGB über den gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer auf Urkunden solcher Art unanwendbar sind und daß für den Besitzer der Urkunde, der nicht zugleich Gläubiger ist, die Vermutung des § 1006 nicht Platz greift (RG 5. 11. 08 IV 99/08). Dem Gläubiger, der die Schuldurkunde besitzt, steht die Vermutung der Rechtmäßigkeit des Besitzes zur Seite (RG 24. 5. 11 V 517/10). Persönlich wirkende Rechte können an Schuldscheinen und den Urkunden des Abs 2 begründet werden, Leihe eines Hypothekenbriefs ist möglich (RG 91, 155); vgl. hierzu auch § 986 A 4.

2. Steht .... zu. Der Gläubiger erwirbt also das Eigentum des Schuldscheins, wenn dieser vor der Entstehung der Forderung ausgestellt ist, mit ihrer Entstehung, wenn der Schein nach der Entstehung der Forderung ausgestellt wird, mit der Ausstellung. Er erwirbt es in beiden Fällen kraft Gesetzes, ohne daß im übrigen die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb erfüllt sein müßten. Überträgt der Gläubiger die Forderung, so geht damit das Eigentum am Schuldschein von selbst über. Steht die Forderung mehreren Gläubigern zu, so sind diese Miteigentümer des Schuldscheins (RG 59, 318).

3. Erstreckung des Rechtes an der Forderung auf den Schuldschein. Der Forderungspfandgläubiger hat also Pfandrecht auch am Schuldschein.

4. Andere Urkunden: Zu den Urkunden, für die Abs 2 gilt, gehören auch Pfandscheine von Leihhäusern (JW 1922, 505), Lebensversicherungspolicen (RG 25. 11. 32 VII 280/32), Depotscheine (RG 51, 85; OLG 26, 60), Sparkassenbücher (RG 106, 1) und Depositenbücher (RG Warn 1918 Nr 57), auch zollamtliche Begleitscheine, Niederlagescheine (RG 14. 4. 16 VII 32/16), endlich auch Anteilscheine über Anteile an einer GmbH, auch sie bescheinigen ein Recht und sind als Beweisurkunden dessen Zubehör (RG Warn 1928 Nr 107). Nicht hierher gehören die Ausfertigungen gerichtlicher oder notarieller Urkunden; sie werden Eigentum desjenigen, dem sie erteilt werden. Nicht hierher gehören auch die sog. Zuckerausfuhrscheine. Sie beweisen lediglich die Tatsache der Ausfuhr einer bestimmten Zuckermenge, ihre Vorlegung an der zuständigen Stelle befreit von sonst fällig werdenden Vertragsstrafen; sie werden selbständig gehandelt, der Erwerb des Eigentums an ihnen regelt sich nach §§ 929ff.; § 952 ist nicht anwendbar, keinesfalls gehören die Scheine dem jeweiligen Eigentümer der ausgeführten Ware (RG JW 1932, 2277[5]).

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache

§ 953

[1]) **Erzeugnisse [2]) und sonstige Bestandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache, soweit sich nicht aus den §§ 954 bis 957 ein anderes ergibt [3]) [4]).**

E I 898 II 868; M 3 363; P 3 245.

1. Entstehung selbständigen Eigentums an Bestandteilen (Erzeugnissen) durch Trennung. Gemäß § 93 können wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Aber auch Bestandteile überhaupt, auch nicht wesentliche, teilen in der Regel das Rechtsschicksal der Hauptsache, weil sie infolge ihrer Bestandteilseigenschaft unselbständig sind. Mit der Trennung, sei diese wie immer herbeigeführt oder eingetreten, verschwindet die Bestandteils-

eigenschaft, wird der bisherige Bestandteil selbständige Sache und fähig, Gegenstand besonderer Rechte zu sein. § 953 spricht für die Hauptfrage des Eigentums im Falle der Trennung die Regel aus, daß die Bestandteile auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache gehören, nämlich dem Eigentümer derjenigen Sache, deren Bestandteile sie bisher waren. Dem Hauseigentümer gehören also nach wie vor die vom Wohnungsamt bei einem Umbau herausgenommenen Schaufenster (RG 106, 149). Die Ausnahmen von der Regel sind in den §§ 954—957 bestimmt. Keine wirkliche Ausnahme ist die Bestimmung des § 911 über die auf das Nachbargrundstück hinüberfallenden Früchte. Denn sie ruht auf der Unterstellung, daß diese Früchte Früchte des Nachbargrundstücks sind. Auch für den Erwerb von Bestandteilen verlorener, gestohlener oder sonst abhanden gekommener Sachen durch Trennung gelten mangels ausdrücklicher anderweiter Bestimmung die Vorschriften des § 953 (und der §§ 954—957). Der Eigentumserwerb durch Trennung ist nicht rechtsgeschäftlicher Erwerb, sondern Erwerb kraft Gesetzes.

2. **Erzeugnis ist wie der Nachwuchs eines Muttertiers auch das Küken,** das eine Henne aus einem nicht selbst gelegten Ei ausgebrütet hat. A. M. Planck (5) A 1 zu § 953.

3. **Rechte an dem bisherigen Bestandteile.** Die Rechte an der Hauptsache, die sich bis zur Trennung auf den Bestandteil erstreckten, erlöschen durch die Trennung nicht, sondern erstrecken sich auch weiterhin auf die nunmehr selbständige Sache. So die Hypothek (§§ 1120 bis 1122), das Pfandrecht (§ 1212). Anders dann, wenn die dingliche Berechtigung die Befugnis zur Aneignung der Früchte und sonstiger Bestandteile umfaßt (vgl. § 954).

4. **Übergangsrecht:** EG Art 181 Abs 2.

§ 954

[1]) **Wer vermöge eines Rechtes an einer fremden Sache befugt ist [2]), sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache anzueignen, erwirbt das Eigentum an ihnen, unbeschadet der Vorschriften der §§ 955 bis 957, mit der Trennung.**

E I 899 II 869; M 3 363, 364; P 3 245, 246.

1. **Erwerb der dinglich Nutzungsberechtigten durch Trennung der Bestandteile (Erzeugnisse).** Der dinglich Nutzungsberechtigte schließt den Erwerb des Eigentümers (§ 953) aus und wird selbst von dem Besitzer in den Fällen der §§ 955, 956 ausgeschlossen.

2. **Anwendungsfälle.** Als dinglich Nutzungsberechtigter im Sinne des § 954 kommt hauptsächlich der Nießbraucher (§ 1030), der ihm gleichgestellte Ehemann (§ 1383) und Vater (§ 1672) und der Nutzpfandgläubiger (§ 1213), unter Umständen auch der auf Grund Dienstbarkeit oder Erbbaurechts Befugte in Betracht. Für die Fälle der dinglichen Nutzungsberechtigung auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten gilt die Vorschrift des § 954 als Hilfsrecht nach EG Art 4.

§ 955

[1]) **Wer eine Sache im Eigenbesitze hat [2]), erwirbt das Eigentum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandteilen [3]), unbeschadet der Vorschriften der §§ 956, 957, mit der Trennung. Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Eigenbesitzer nicht zum Eigenbesitz oder ein anderer vermöge eines Rechtes an der Sache zum Fruchtbezuge berechtigt ist und der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.**

Dem Eigenbesitzer steht derjenige gleich, welcher die Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr besitzt [4]).

Auf den Eigenbesitz und den ihm gleichgestellten Besitz findet die Vorschrift des § 940 Abs 2 entsprechende Anwendung [5]) [6]).

E I 900 II 870; M 3 364—367; P 3 247—249; 5 654.

1. **Fruchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers durch Trennung.** Der gutgläubige Eigenbesitzer der fruchttragenden Sache schließt im Fruchterwerbe bei der Trennung den Eigentümer und den dinglich Nutzungsberechtigten (§§ 953, 954) aus, wird aber, wenn er nur mittelbarer Besitzer ist, unter den Voraussetzungen der §§ 955 Abs 2, 956 selbst wieder von dem dinglich Fruchtbezugsberechtigten und demjenigen ausgeschlossen, dem der Fruchtbezug vom Berechtigten gestattet ist. Soll der Eigentümer durch den Eigenbesitzer im Fruchterwerb ausgeschlossen werden,

so genügt neben dem Eigenbesitze der gute Glaube an das Recht zum Eigenbesitze zur Rechtfertigung des Fruchterwerbs. Dieser wird sich zwar regelmäßig decken mit dem guten Glauben an das Eigentum. Notwendig ist die Übereinstimmung aber nicht in allen Fällen. Bei Grundstücken z. B. ist wegen des Erfordernisses der Auflassung Eigenbesitz im guten Glauben an ihn mit dem Bewußtsein, (formal) noch nicht Eigentümer zu sein, vereinbar. Soll der dinglich Nutzungsberechtigte vom Eigenbesitzer im Fruchterwerb durch Trennung ausgeschlossen werden, so genügt der gute Glaube an das Recht zum Eigenbesitze nicht, sondern es ist auch noch der gute Glaube an das Eigennutzungsrecht nötig. Der Eigenbesitzer darf also einerseits das Nutzungsrecht des andern nicht bei Erwerb des Eigenbesitzes gekannt oder grob fahrlässig übersehen, anderseits nicht später vor der Trennung davon Kenntnis erhalten haben. Der gute Glaube wird vermutet. Der Gegner hat den Gegenbeweis zu führen. Der Umstand, daß die Sache gestohlen oder verloren war, hindert den gutgläubigen Eigenbesitzer am Fruchterwerbe nicht. § 935 ist nicht entsprechend anwendbar. — Rechte Dritter bleiben bestehen, vgl. wegen der Hypothek usw. §§ 1120, 1192, 1107, wegen des Pfandrechts § 1212.

2. **Eigenbesitzer.** Vgl. § 872. Auf den Fruchterwerb durch Trennung kraft Eigenbesitzes kann sich unter Umständen auch der Eigentümer selbst berufen, nämlich gegenüber dem dinglich Fruchtbezugsberechtigten, wenn er hinsichtlich des Fruchtbezugsrechts in gutem Glauben war. Befand sich jedoch bei der Fruchttrennung der dinglich Fruchtbezugsberechtigte im Besitz der Sache, so wird er und nicht der nur im mittelbaren Eigenbesitz befindliche Eigentümer als Fruchterwerber zu erachten sein — aus der gleichen allgemeinen Erwägung, die auch dem § 936 Abs 3 zugrunde liegt. Zu demselben Ergebnis führt § 955 Abs 2, s. A 4 am Ende.

3. **Zu den Früchten der Sache gehörende Bestandteile,** also nicht an allen zur Abtrennung gelangenden Bestandteilen, im Gegensatze zu den §§ 953, 954, 956. Über den Begriff Früchte vgl. § 99 Abs 1 und insbesondere Affolter, Das Fruchtrecht 1911.

4. **Fruchterwerb des gutgläubigen Nutzungsbesitzers.** Wer die Sache im guten Glauben besitzt, dinglich — nicht etwa persönlich, z. B. auf Grund Pachtrechts — fruchtbezugsberechtigt zu sein und den Besitz der Sache zur Ausübung dieses Rechtes innehat, soll durch Trennung die Früchte erwerben sowohl vor dem Eigentümer wie vor dem wirklich dinglich Fruchtbezugsberechtigten. Dies selbstverständlich auch dann, wenn z. B. der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist, was der Hauptfall. Man wird hiervon ausgehend noch den weiteren Schluß zu ziehen haben, daß das Fruchterwerbsrecht des zur Ausübung eines vermeintlich dinglichen Nutzungsrechts Besitzenden an dem Fruchterwerbsrecht des mittelbaren Eigenbesitzers als solchen (§ 955 Abs 1) vorgeht. Die Vorschrift des Abs 2 kommt nicht nur dem vermeintlich, sondern auch dem wirklich Fruchtbezugsberechtigten gegen den im mittelbaren Eigenbesitze befindlichen Eigentümer zugute, wenn dieser auf Grund seines mittelbaren Eigenbesitzes im guten Glauben an das Nichtbestehen des Nutzungsrechts sich auf § 955 Abs 1 stützen will. Vgl. A 2 a. E. — Der Nutzungsberechtigte erwirbt die Erzeugnisse frei von der Hypothek usw. eines Dritten, vgl. § 1120 und oben A 1 a. E. Ein Pfandrecht kommt hier nicht in Frage, da der Nutzungsberechtigte die — bewegliche — Sache besitzen muß, um nach § 955 Abs 2 Eigentum zu erwerben.

5. **Fruchterwerb durch Trennung bei vorübergehend verlorenem Besitz.** Abs 3 hat die Bedeutung, daß die während der Zeit des vorübergehenden Besitzverlustes getrennten Früchte mit der Trennung Eigentum des von dem Verluste Betroffenen werden, wenn er den Besitz rechtzeitig wiedererlangt. In der Zwischenzeit, bis zur Wiedererlangung des Besitzes, besteht ein Schwebezustand. Die Voraussetzung der Wiedererlangung des Besitzes erstreckt sich nur auf die aus dem Besitz gekommene Sache selbst. Die Erlangung des Besitzes der inzwischen getrennten Früchte ist nicht Voraussetzung des Eigentumserwerbs nach Abs 3.

6. **Herausgabeansprüche.** Der § 955 regelt nur das Eigentum an den Früchten im Falle der Trennung, läßt aber die Frage, ob der Erwerber die Früchte behalten darf, unberührt. Inwieweit insbesondere auf Grund des wegen der Sache erhobenen Eigentumsanspruchs der Besitzer verpflichtet ist, getrennte und mit der Trennung in sein Eigentum übergegangene Früchte an den Eigentümer herauszugeben, ergibt sich aus den §§ 987 ff. Über ihr Verhältnis zu den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung vgl. § 987 A 1.

§ 956

[1]) [8]) **Gestattet** [2]) **der Eigentümer einem anderen, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache** [3]) **anzueignen, so erwirbt dieser das Eigentum an ihnen, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist** [4])**, mit der Trennung, anderenfalls mit der Besitzergreifung** [3a])**. Ist der Eigentümer zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen** [5])**, solange sich der andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet** [6])**.**

Das gleiche gilt, wenn die Gestattung nicht von dem Eigentümer, sondern von einem anderen ausgeht, dem Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache nach der Trennung gehören [7]).

E I 901, 902 II 871; M 3 367—369; P 3 249, 250.

1. **Eigentumserwerb an Bestandteilen auf Grund Gestattung der Aneignung.** Der Paragraph behandelt zwei ihrer Rechtsnatur nach verschiedene Erwerbsarten in einem Satze, weil sie in der Anwendung einander sehr nahestehen. Der Eigentumserwerb, der auf Grund persönlicher Gestattung durch Besitzergreifung stattfindet, ist wirkliche Aneignung, rechtsgeschäftlicher Erwerb. Der Eigentumserwerb aber, der im gleichen Falle durch die Trennung stattfindet, ist nicht Aneignung, nicht Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft, sondern Eigentumsanfall kraft Gesetzes.

2. **Gestattet, sich anzueignen.** Gemeinsam ist beiden Fällen, daß eine vom wahren (oder vermeintlichen — § 957) Berechtigten herrührende persönliche Aneignungsbefugnis zugrunde liegen muß. (Ein dingliches Aneignungsrecht kommt nicht in Frage, denn dessen Folgen sind in §§ 954, 955 geregelt.) Vorausgesetzt ist aber, daß, wer die Aneignung gestattet hat, auch in dem Augenblick, in dem sie wirksam werden soll, selbst noch Eigentümer (Berechtigter) ist. Ist er das in diesem Augenblick nicht (weil er z. B. die fruchttragende Sache vorher veräußert hat), so bedarf es der Zustimmung des neuen Erwerbers der Sache oder eines besonderen Rechtsgrundes, der auch ihn verpflichtet, die Aneignung zu gestatten (RG 60, 319; 78, 35).

Die „Gestattung" braucht nicht mit ausdrücklichen Worten zu erfolgen. Sie wird sich z. B. ohne weiteres aus dem Verkauf eines Hauses auf Abbruch für die Abbruchmaterialien ergeben (OLG 20, 167). Hat der Grundstückseigentümer dem Käufer von Baumstämmen den Platz, auf dem die Bäume stehen, als Lagerplatz für die gefällten Stämme überlassen, so erwirbt der Käufer das Eigentum an den Stämmen nicht mit der Trennung, sondern erst mit der Besitzergreifung, denn er wurde Besitzer der Grundfläche erst nach dem Fällen der Bäume (RG 23. 1. 18 V 250/17). — Der Wirt, der dem Gast die bestellten Austern übergibt, „gestattet" nicht die Aneignung der etwa in den Austern befindlichen Perlen, er überträgt vielmehr dem Gast das Eigentum an den Austern mit allen ihren Bestandteilen, auch den etwa vorhandenen Perlen. Ein Vorbehalt kann dinglich wirken, denn die Perle ist nicht wesentlicher Bestandteil der Auster (§ 93).

3. **Bestandteile**, allgemein, nicht nur Früchte, und **Sache**, allgemein, nicht nur bewegliche Sache. So der Fall, in dem der Gebäudeeigentümer dem Bauhandwerker gestattete, die eingefügten Türen und Fenster wieder wegzunehmen (RG 9. 11. 06 VII 613/05).

3a. Hat der Eigentümer bei der „Gestattung" den Besitz der Sache behalten und werden die noch nicht getrennten Früchte im Verfahren gegen ihn **gepfändet**, so entsteht ein auch gegen den „andern" wirksames Pfandrecht, das dem späteren Eigentumserwerb durch ihn vorgeht (JW 1930, 845[3]).

4. **Überlassung des Besitzes der Sache** ist die Sondervoraussetzung des Eigentumserwerbs durch Trennung. Die Erlangung des Besitzes muß auf dem Willen des Gestattenden beruhen. Wer sich nach erhaltener Erlaubnis zur Aneignung der Früchte eigenmächtig in den Besitz der fruchttragenden Sache gesetzt hat, erwirbt nicht Eigentum der Früchte durch Trennung (RG 23. 1. 18 V 250/17). Man wird weiterhin zu verlangen haben, daß der überlassene Besitz auch im Augenblicke der Trennung noch bestanden hat. Entsprechende Anwendung des § 940 Abs 2 ist bei der Ähnlichkeit der Sachlage mit der des § 955 und mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis nicht abzulehnen.

5. **Widerruf der Gestattung.** Die Gestattung der Aneignung, ihrer Rechtsnatur nach der Vollmacht verwandt und gleich ihr unmittelbar (absolut) wirkend, ist gleich der Vollmacht widerruflich. Der Widerruf berührt aber an sich nicht die dem andern auf Grund eines Kaufvertrags zustehenden schuldrechtlichen Ansprüche (RG Warn 1924 Nr 9). Das Gesetz schließt den Widerruf nur für den Fall der Gestattung mit Besitzüberlassung aus, und auch da nur so lange, als der überlassene Besitz dauert. Voraussetzung der Unwiderruflichkeit ist immer, daß der Gestattende zur Gestattung verpflichtet ist. Dies liegt beim Verpächter klar zutage. Aber auch wer schenkungsweise einem andern die Nutzung eines Grundstücks persönlich gestattete und ihm dazu den Besitz überließ, ist, wenn nicht widerruflich geschenkt war, an die Gestattung gebunden.

Nur der einseitige Widerruf wird verboten. Zulässig bleibt aber, daß z. B. der Pächter durch Vertrag mit dem Verpächter auf sein Recht verzichtet, die Früchte eines bestimmten Schlages mit der Trennung zu Eigentum zu erwerben. Das bedeutet nur den Verzicht des Pächters auf eine einzelne, sich aus dem Pachtvertrag ergebende Befugnis; im übrigen wird dieser aufrechterhalten, auch soweit er sich auf den betreffenden Schlag erstreckt, der Pächter hat ihn weiter zu bestellen und abzuernten, auch den Pachtzins dafür zu bezahlen (RG 138, 241). Wie die Entscheidung ergibt, hat Mecklenburg-Strelitz die gegebene Möglichkeit benutzt, um die Düngerlieferanten seiner Domänenpächter in neuer, eigenartiger und erfolgversprechender Weise zu sichern. Der Verzicht des Domänenpächters bewirkte, daß der Staat auch nach der Trennung der Früchte des Schlages vom Boden deren Eigentümer blieb, § 953. Er gab sie den Lieferanten wegen ihrer Kauf-

preisforderungen frei, verpflichtete sich also schuldrechtlich, keine Widerspruchsklage nach § 771 ZPO zu erheben, falls der Lieferant die Früchte auf dem Halm oder nach der Ernte pfänden ließ, auch nichts dagegen einzuwenden, wenn der Pächter die Früchte des bestimmten Schlages freihändig dem Lieferanten zur Deckung von dessen Forderung übergab. Die Rechte der Lieferfirma wurden aber an eine kurze Frist gebunden, und, da sie nicht eingehalten war, scheiterte ihr Recht in dem vom **RG** entschiedenen Falle. Neuerdings (1932) haben die Firmen eine weitere Besserstellung erreicht. Bei der oben beschriebenen Regelung verbleibt es nur bis zur Aberntung der Früchte. Das Eigentum an den abgeernteten Früchten wird ihnen von vornherein zur Sicherung übertragen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, welcher dem Staat gegen den Pächter zusteht, wenn dieser auf sein Erwerbsrecht verzichtet, die Früchte aber abgeerntet hat.

6. **Vorübergehende Unterbrechung des Besitzes** ist auch hier wie in den Fällen des § 940 Abs 2 nicht zu rechnen. Vgl. A 4 a. E.

7. **Gestattung durch einen sonstigen Berechtigten.** Hierher gehören die Fälle der Gestattung durch den dinglich Nutzungsberechtigten (§ 954), den Eigenbesitzer und die ihm Gleichgeachteten (§ 955). Auch der, dem nur nach § 956 die Aneignung gestattet ist, kann seinerseits einem andern die Aneignung wirksam gestatten (**RG** 108, 270), und zwar nicht nur dann, wenn ihm diese Befugnis nach dem Inhalte der Gestattung des Eigentümers zusteht, sondern auch dann, wenn ihm eine solche Befugnis nicht ausdrücklich zugestanden worden ist (§ 137). Der Pächter ist nicht gehindert, einem Dritten die Aneignung der Früchte auf dem gepachteten Grundstücke zu gestatten. Die Weitergestattung nach § 956 Abs 2 ist nicht nur dann möglich, wenn der erste Aneignungsbefugte den Besitz überlassen erhalten hat, sondern auch dann, wenn er keinen Besitz erlangt hat, es sei denn, daß die Weitergestattung durch Vereinbarung ausgeschlossen ist. Der zweite Aneignungsbefugte erwirbt die Erzeugnisse usw. dann aber erst mit der Besitzergreifung, § 956 Abs 1 (**RG** St 63, 319 f.; **RG** 108, 270).

8. Die **Bäume eines Waldgrundstücks** gehören zu seinen Erzeugnissen (**RG** 80, 232). Auch bei ihnen gilt also § 956. Seine Anwendung bietet keine Besonderheiten, wenn der Eigentümer die stehenden Bäume verkauft, dem Käufer die Aneignung gestattet und ihm das Waldgrundstück übergibt. Mit dem Fällen der Bäume erwirbt dann der Käufer das Eigentum (**RG** 109, 192 f.). In anderen Entscheidungen (**RG** 108, 271; Recht 27 Nr 612) ist das RG aber weitergegangen. Fußend auf der Möglichkeit, daß ein **Teilbesitz** nach § 865 an Bäumen auf dem Stamme besteht, hat es für die Anwendbarkeit des § 956 schon als genügend angesehen, wenn dieser Teilbesitz begründet oder übertragen wird. Das ist an sich bedenklich, denn mit dem „Besitz der Sache" im Sinne des § 956 ist doch wohl der Besitz der Muttersache gemeint, die Ansicht des RG wird aber dadurch in ihrer Tragweite eingeschränkt, daß das RG selbst meint, ein Besitz, d. h. eine von der Verkehrsanschauung anerkannte tatsächliche Herrschaft über die Bäume allein, nicht auch über das Grundstück, werde nur ausnahmsweise gegeben sein (**RG** 108, 272).

Auf das **preußische Bergwerkseigentum** ist der § 956 unmittelbar nicht anwendbar, denn es ist weder eine Sache im Sinne des BGB, noch verleiht es als solches Sacheigentum. Aber das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers ist dinglicher Art und absolut, weil ihm Wirkung gegen jedermann innewohnt. Wird es, z. B. durch Pacht, einem Dritten überlassen, so erwirbt er das Eigentum an den geförderten Sachen (Kohlen, Erzen) ohne Rücksicht auf die Person des Fördernden, selbst wenn dies der Bergwerkseigentümer ist, denn dieser kann selbst Eigentum durch Inbesitznahme nicht erwerben, § 958 Abs 2 (**RG** 135 S. 96, 101 f., vgl. aber JW 1932, 2422[19] Anm).

§ 957

[1]) Die Vorschriften des § 956 finden auch dann Anwendung, wenn derjenige, welcher die Aneignung einem anderen gestattet, hierzu nicht berechtigt ist, es sei denn, daß der andere, falls ihm der Besitz der Sache überlassen wird, bei der Überlassung, anderenfalls bei der Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen Bestandteile nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel [2]) erfährt.

E II 872; P 3 349, 350.

1. **Schutz des gutgläubigen Erwerbs von Bestandteilen.** Die Vorschrift hat das Ziel, dem, der vom Nichtberechtigten gutgläubig erwirbt, für den Fall des Erwerbs von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen auf Grund der Gestattung der Aneignung den gleichen Schutz zu gewähren, wie er in den §§ 932 ff. im Falle der Übertragung des Eigentums an einer Sache dem gutgläubigen Erwerber gewährt wird. Dies ergibt sich, abgesehen von der Ähnlichkeit der Rechts- und Sachlage, die eine übereinstimmende Regelung dringend erheischt, auch aus der Stellung des § 957 und der Nachbildung seiner Fassung nach jenen Vorschriften. Zur Auslegung des § 957 sind darum in erster Reihe die §§ 932 ff. heranzuziehen. Der Schutz des § 957 auf Grund der Gestattung und des

guten Glaubens ist aber nur zu gewähren, wenn der Gestattende sich im Besitz befindet (RG 108, 271). Der Schutz des gutgläubigen Erwerbs beruht, wie allenthalten im BGB, so auch hier auf dem Grundgedanken, daß man dem Erwerber im Verkehr nicht zumuten kann, das Recht des Veräußerers zu prüfen, und ihm gestatten muß, sich — soweit nicht gegenteilige Anzeichen entgegenstehen — darauf zu verlassen, daß der Besitzstand auch mit dem Rechtsstand übereinstimmt. Irgendein Grund, für die Fälle des § 957 von diesem Rechtsgedanken abzuweichen, ist nicht vorhanden, die Unannehmbarkeit des Ergebnisses im Falle der gegenteiligen Annahme liegt auf der Hand. (Vgl. hierzu Jacubezki im Recht 02, 4.) Es muß deshalb die Sache im Besitz des die Aneignung der Bestandteile Gestattenden gewesen sein in dem Augenblick, in dem er den Besitz der Sache dem Erwerber überließ oder dieser den Besitz an den Bestandteilen ergriff. War der Erwerber schon zur Zeit der Gestattung im Besitz der Sache, so muß er seinen Besitz von dem Gestattenden erlangt haben, um gutgläubig zu sein. Wegen des RG 108, 271 über den sog. **Teilbesitz** Ausgeführten vgl A 8 zu § 956. — Für den gutgläubigen Erwerb nach §§ 956, 957 ist § 935 maßgebend, soweit es sich um Bestandteile handelt. Da aber der Fruchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers nach § 955 durch die der fruchttragenden Sache anklebende Eigenschaft gestohlenen Gutes nicht hintangehalten wird (§ 955 A 1), so kann folgerichtig auch im § 957 der gleiche Mangel dem gutgläubigen Erwerb nicht entgegenstehen.

2. **Rechtsmangel:** hier: Mangel des Rechtes, die Aneignung zu gestatten.

V. Aneignung

§ 958

[7]) Wer eine herrenlose [1]) bewegliche Sache [2]) in Eigenbesitz nimmt [3]), erwirbt das Eigentum an der Sache.

Das Eigentum wird nicht erworben [4]), wenn die Aneignung gesetzlich verboten [5]) ist oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen [6]) verletzt wird.

E I 903 II 873; M 3 369, 370; P 3 250—253.

1. **Herrenlos** ist eine Sache dann, wenn sie keinen Eigentümer hat. Die Fälle können außerordentlich verschieden sein. Das BGB behandelt — abgesehen von den Grundstücken — nur die Herrenlosigkeit der wilden Tiere und die der Bienen sowie das Herrenloswerden durch Aufgeben des Besitzes. Die übrigen Fälle gehören zumeist in den Rahmen der Vorbehalte für das Landesrecht, insbesondere in das Gebiet des Wasserrechts. Soweit solche Vorbehalte für das Landesrecht nicht bestehen (Meteorsteine), wird beim Fehlen besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften aus dem tatsächlichen Mangel eines möglichen Eigentümers auf die Herrenlosigkeit zu schließen sein. Ein Beuterecht des Reichs an offenbar feindlichen Pferden, die sich in der Nähe des Schlachtfeldes umhertreiben, ist anerkannt (OLG 39, 227). Sachen, die beim Inkrafttreten des BGB schon vorhanden und nach dem bisherigen Rechte herrenlos waren, bleiben es bis zur Aneignung.

2. **Bewegliche Sachen:** bezüglich der Grundstücke vgl. § 928, EG Art 129.

3. **Inbesitznehmen:** kann auch durch Besitzdiener und Besitzmittler erfolgen (RGSt 39, 179; RG 137, 25). Eine Inbesitznahme solcher Art wird in der Regel auf Jagden bei Aufnahme von erlegtem Wild durch Jagdpersonal, Treiber und Jagdgäste zugunsten des Jagdherrn stattfinden. Wer eine herrenlose Sache in Eigenbesitz nimmt, wird sie in der Regel nehmen, um daran Eigentum zu erwerben. Diese bewußte Aneignung ist Rechtsgeschäft und erfordert deshalb Geschäftsfähigkeit. Ob ein Rechtsgeschäft auch dann vorliegt, wenn der Besitzergreifer den Besitz in der irrigen Meinung ergreift, die in Wirklichkeit herrenlose Sache gehöre schon ihm, mag zweifelhaft sein und kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist auch ein solches Nehmen in Eigenbesitz wie ein Rechtsgeschäft zu behandeln und zur Aneignung genügend. Vgl. § 872 A 1.

4. **Eigentum wird nicht erworben:** in den Fällen des Abs 2 wird Eigentum „überhaupt" nicht erworben, auch nicht vom Aneignungsberechtigten. Die Sache bleibt also herrenlos (RG 16. 3. 11 III 138/11). Dies ergibt sich als Absicht des Gesetzes deutlich daraus, daß in EG Art 69 die landesgesetzlichen Vorschriften, die dem Jagdberechtigten das Eigentum an dem vom Wilddieb erlegten Wilde zusprechen — nur dies kommt in Frage, denn dem Wilddieb ist nirgends Eigentum zugesprochen —, durch einen besonderen Zwischensatz von dem Vorbehalt ausgenommen worden sind (Prot 6, 376; RGSt 39, 427). Das gleiche wird aber auch für alle Fälle der Aneignung gegen gesetzliche Aneignungsverbote und der Aneignung unter Verletzung eines fremden Aneignungsrechts anzunehmen sein. Dies selbst in dem Fall, daß der Aneignungsversuch nicht nur gegen das Aneignungsrecht des andern verstößt, sondern auch noch gegen eine besondere Pflicht, als dessen Vertreter für diesen zu erwerben, wie sie etwa Jagdpersonal und Jagdgästen gegenüber dem Jagdherrn, Bediensteten, die zum Aufsammeln herrenloser Gegenstände aus-

geschickt sind, gegenüber ihrem Dienstherrn obliegt. § 116 kann nicht angewendet werden, weil die Aneignung zwar eine Willensbetätigung, aber keine Willenserklärung in sich schließt. Anders beim Schatzfund. Vgl. § 984 A 3.

Erwirbt ein gutgläubiger Dritter eine herrenlose Sache, die gegen gesetzliches Verbot oder gegen das Aneignungsrecht eines andern in Besitz genommen ist, aus der Hand dieses Eigenbesitzers, so kann er nach § 932 Eigentum erwerben (RGSt 39, 432). Dieser Erwerb ist nicht Aneignungserwerb. Es steht ihm aber auch § 935 nicht im Wege.

5. Gesetzliche Aneignungsverbote: landesgesetzliche oder reichsgesetzliche. Reichsgesetzlich ist das Aneignen von Artilleriemunition und von Bleikugeln aus den Truppenschießständen schlechthin verboten durch § 291 StGB, ohne Rücksicht darauf, ob der Staat etwa nach § 959 das Eigentum aufgegeben hatte oder nicht (RGSt 57, 339). Sie können auch durch Polizeiverordnung erlassen werden (RGSt 48, 121). Ob ein Aneignungsverbot vorliegt, kann nicht allgemein, sondern nur unter Prüfung des einzelnen Gesetzes gesagt werden. Dies gilt insbesondere auch für die Frage, ob die jagdrechtlichen Bestimmungen über die Schonzeiten und Schonreviere Aneignungsverbote enthalten. Denn grundsätzlich besteht kein Hindernis, ein Aneignungsverbot auf Zeit und für gewisse Zeiten und Raumbezirke zu erlassen. (Vgl. hierzu Staudinger in SeuffBl 63, 285 und Ebner bei Gruch 57, 362ff.) Anderseits müssen Schonvorschriften nicht auf alle Fälle Aneignungsverbote enthalten (RGSt 7, 91; BayObLGSt 12, 298). Daraus allein, daß dem Jagd- oder Fischereiberechtigten die Verwendung gewisser Fang- und Tötungsmittel verboten ist, kann ein Aneignungsverbot nicht entnommen werden. Aber auch, wenn die Schonvorschrift ein Aneignungsverbot in sich schließt, so doch in der Regel kein ausnahmeloses. Sie hindert dann wohl den Jagdberechtigten, sich das Tier, das er selbst gejagt und getötet, anzueignen, nicht aber auch, sich das getötete Tier, wenn es ohne sein Zutun in seinem Jagdrevier zu Tode kam, als Fallwild anzueignen (BayObLGSt 12, 298). — Wilde Kaninchen unterliegen dem freien Tierfang; der Erleger erwirbt das Eigentum, auch wenn er den Fang ohne Berechtigung auf fremdem Grundstück vornimmt (SeuffA 77 Nr 141).

6. Verletzung von Aneignungsrechten anderer. Auch hier kommen sowohl reichsrechtliche, wie hauptsächlich landesrechtliche Aneignungsrechte in Betracht, in erster Reihe Jagdrechte, Fischereirechte, Bergrechte. Wegen Anwendung des Grundsatzes in einer bergrechtlichen Angelegenheit vgl. A 8 zu § 956 a. E. Fraglich kann sein, ob bei vereinbarter Teilung der Jagdausübung zwischen zwei gemeinschaftlich Jagdberechtigten Verfehlungen gegen die Übereinkunft seitens des einen das Aneignungsrecht des andern verletzen. Es wird an der Hand des für den einzelnen Fall geltenden Jagdgesetzes zu prüfen sein, ob eine Teilung dem Rechte nach möglich war und stattgefunden hat, und nur in diesem Falle wird die Frage zu bejahen sein.

7. In den vorstehenden Bemerkungen ist das **Jagdrecht** noch als Landesrecht behandelt worden. Das ist jetzt anders geworden, seit am 3. Juli 1934 das **Reichsjagdgesetz** erlassen worden ist (RGBl I 549ff.). Danach ist das Jagdrecht die ausschließliche Befugnis, jagdbaren Tieren nachzustellen, sie zu fangen oder zu erlegen und sich anzueignen, und es umfaßt auch die ausschließliche Befugnis, sich verendetes Wild, Fallwild und Abwurfstangen sowie die Eier jagdbaren Federwildes anzueignen und die Gelege nicht geschützter Raubvögel zu zerstören (§ 1). Das Jagdrecht steht dem Eigentümer auf seinem Grund und Boden zu. Es ist untrennbar mit dem Eigentum am Grund und Boden verbunden. Als selbständiges dingliches Recht kann es nicht begründet werden (§ 3). — Die wilden Kaninchen, vgl. A 5 a. E., sind jetzt jagdbare Tiere, § 2 Abs 1 a des Reichsjagdgesetzes.

§ 959

[1]) Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht [2]), auf das Eigentum zu verzichten [5]), den Besitz der Sache aufgibt [3]) [4]).

E I 904 II 874; M 3 370, 371; P 3 253, 254.

1. Aufgabe des Eigentums (Dereliktion). Zur wirksamen Eigentumsaufgabe verlangt das Gesetz die Besitzaufgabe in Verzichtsabsicht. Die Aufgabe des Eigentums an beweglichen Sachen erfolgt durch Willensbetätigung, nicht notwendig durch Willenserklärung. Wenn sie darum auch als Rechtsgeschäft betrachtet wird, so können doch die nur für Willenserklärungen berechneten Gesetzesvorschriften auf sie nicht angewendet werden.

2. Absicht zu verzichten. Absicht setzt Willensfähigkeit voraus. Die Eigentumsaufgabe des Willensunfähigen ist daher wirkungslos. Der Verzichtswille muß Entschlagungswille sein. Der Verzicht zugunsten einer bestimmten Person hat nicht die Rechtsnatur der Eigentumsaufgabe, sondern der Eigentumsübertragung (RG 83, 229). Auch ein Verzicht zugunsten einer unbestimmten oder beliebigen Person kann zur Eigentumsübertragung zu zählen sein. Es kann sich aber unter ihm auch eine Eigentumsaufgabe bergen, je nachdem nur die Absicht, einem andern zum Eigentümer zu machen, allein vorherrscht oder doch auch daneben die selbständige Entledigungsabsicht besteht. Liegt Eigentumsübertragung vor, so steht sie auch unter deren Regeln.

Insbesondere genügt nicht der **einseitige** Verzicht des Übertragenden, es ist vielmehr — außer der Übergabe oder dem Übergabeersatz — die Einigung **beider** Beteiligten über den Eigentumsübergang erforderlich (RG LZ 1919, 868[18]). Nur eine scheinbare Ausnahme ist es, wenn der einseitige Verzicht als Erfüllung einer Bedingung wirkt und der Eigentumsübergang nunmehr eintritt auf Grund des früheren bedingten Rechtsgeschäfts, der schon damals zustande gekommenen und fortwirkenden Einigung und der schon vorweggenommenen Übergabe (RG 79, 245; 60, 72; 66, 344).

3. Besitzaufgabe. Die Besitzaufgabe muß **tatsächlich durchgeführt** werden. Es genügt nicht, daß der Eigentümer den Besitz**willen** aufgibt, er muß sich der tatsächlichen Gewalt wirklich entledigen. Die Entledigung kann auch im Liegenlassen bestehen, wenn dieses mit Aufgabe der tatsächlichen Gewalt verbunden ist. Die Besitzaufgabe kann auch durch Dritte erfolgen, z. B. durch den Besitzdiener. Unter Umständen kann in einer Besitzaufgabeerklärung gegenüber dem Besitzdiener oder dem Besitzvermittler eine zur Eigentumsaufgabe genügende Besitzaufgabe liegen. Aus der Besitzaufgabe wird häufig auf die Absicht des Verzichts auf das Eigentum geschlossen werden können (RGSt 42, 43, von Kunden in Besitz genommene, dann im Geschäft zurückgelassene Rabattmarken). Notwendig ist der Schluß jedoch nicht. Denn der Besitz kann auch aus anderen Gründen aufgegeben werden, z. B. um zeitweise eine Entlastung zu haben (RGSt 39, 28, Patronenhülsen). Dagegen kann es ein Aufgeben des Besitzes und des Eigentums nach § 959 bedeuten, wenn der Staat sich um die im Boden befindliche verschossene Munition eines als solchen aufgegebenen Truppenübungsplatzes jahrelang nicht gekümmert und das Einsammeln durch die Bewohner des zum Flüchtlingslager gewordenen Platzes geduldet hat (RGSt 57, 339). Ebenso gibt der Eigentümer falschen Geldes, welcher es wegwirft, weil er verfolgt wird, den Besitz in der Absicht auf, auf das Eigentum zu verzichten; der Finder findet dann eine herrenlose, keine fremde Sache (RGSt 67, 298).

4. Eigentumsaufgabe nach Besitzverlust. Der Wortlaut des § 959 scheint die Eigentumsaufgabe nur dem zu gestatten, der den Besitz noch nicht verloren hat. Dem Sinne und Zwecke der Vorschrift nach muß aber angenommen werden, daß auch die dem unfreiwilligen Besitzverlust oder der in anderer Absicht erfolgten Besitzaufgabe nachfolgende, nach außen zutage tretende Absicht der Eigentumsaufgabe den Eigentumsverlust nach sich ziehen kann.

5. Rechte Dritter an der Sache stehen der Aufgabe des Eigentums nicht im Wege, werden aber auch von ihr nicht berührt.

§ 960

Wilde Tiere [1]) sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit [2]) [2a]) befinden. Wilde Tiere in Tiergärten [3]) und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern [4]) sind nicht herrenlos.

Erlangt ein gefangenes wildes Tier [5]) die Freiheit wieder [6]), so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich [7]) verfolgt [8]) oder wenn er die Verfolgung aufgibt.

Ein gezähmtes Tier [9]) wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort [10]) zurückzukehren.

E I 905 II 875; M 3 371, 372; P 3 254, 255.

1. Wilde Tiere. Das BGB setzt den Unterschied zwischen wilden und zahmen Tieren voraus und gibt keine Begriffsbestimmung. Nur so viel ist aus § 960 zu entnehmen, daß die Freiheit das Unterscheidungsmerkmal sein soll, nämlich die natürliche und angeborene Freiheit als Erkennungszeichen des wilden Tieres, die durch Gewöhnung, Zähmung, Abstammung von gezähmten Tieren im Laufe der Zeit zur andern Natur gewordene Abhängigkeit vom Menschen als Erkennungszeichen des zahmen Tieres. Gattungsunterschiede sind dabei nicht unbedingt maßgebend. Dieselbe Tiergattung kann als wild und als zahm vorkommen. Das einzelne Tier ist aber entweder wild oder zahm. Ein wildes wird durch Zähmung zum gezähmten, nicht zum zahmen, ein zahmes durch Verwilderung nicht zum wilden, es bleibt ein zahmes, vgl. auch RGSt 50, 183.

2. Solange sie sich in der Freiheit befinden: Gemeint ist hier die ursprüngliche, natürliche Freiheit, Bewegungsfreiheit. Durch Raumbeschränkung, z. B. Beschränkung auf den Raum einer Insel, ist die Freiheit in diesem Sinne nicht behindert. Auch ein wildes Tier, das sich selbst in einer natürlichen Grube gefangen oder in Schlinggewächse verstrickt hat, muß im Sinne des § 960 noch als in der Freiheit befindlich erachtet werden, desgleichen ein wildes Tier, das von einem andern Tiere in — sei es noch so enger — Abhängigkeit gehalten wird. Die Freiheit hört erst dann auf, wenn der **Mensch** das Tier in seiner Gewalt hat. Bis zu diesem Augenblick ist das wilde Tier nach § 960 Abs 1 auch herrenlos: daß aber in diesem Augenblicke die Herrenlosigkeit endigt, sagt das Gesetz nicht. Sie endigt vielmehr erst dann, wenn nach § 958 Eigentum an dem

Tiere erworben wird. Selbst durch die Besitzergreifung wird darum in den Fällen des § 958 Abs 2 die Herrenlosigkeit nicht beendigt.

2a. Wie sich aus A 2 ergibt, bildet den Gegensatz zu der Freiheit des Tieres die Gefangenschaft in der Hand des Menschen. § 960 Abs 1 S. 2 soll Zweifelsfragen klären. Unzweifelhaft nicht herrenlos sind gefangen gehaltene wilde Tiere, wie z. B. Rehböcke (JW 1928, 2471[1]) oder Silberfüchse in Farmen (JW 1930, 2458[20]; 1931, 3463[5]). Jedoch muß es eine wirkliche Gefangenschaft sein, ein Entweichen darf regelmäßig nicht möglich sein, nur etwa bei Naturereignissen oder dem Eingreifen Dritter.

3. Tiergarten. Der Begriff steht nicht fest. Gemeint ist wohl ein für den Aufenthalt der Tiere bestimmter Teil der freien Erdoberfläche, der einerseits so abgeschlossen ist, daß die Tiere daraus nicht entkommen können, und anderseits solchen Umfang und solche Einrichtung hat, daß das Ergreifen und Erlegen der Tiere nicht, wie bei der freien Jagd, unsicher, sondern so leicht gemacht ist, daß man die Tiere nach der allgemeinen Verkehrsauffassung auch schon vor dem Ergreifen und Erlegen als in der unmittelbaren Gewalt des Berechtigten befindlich betrachten muß. Sogenannte „eingehegte Reviere" werden darum nicht in allen Fällen als Tiergärten zu erachten sein, Prot 3, 254. Anderseits darf auch nicht ohne weiteres aus großem Umfang des Wildparks auf Herrenlosigkeit des darin gehaltenen Wildes geschlossen werden (**RG**St 42, 75; 60, 275; **RG** JW 1916, 907[6]). Zu eng LZ 1916, 636: kleinere Flächen, in denen Tiere zu andern als Jagdzwecken gehalten werden, zur Schau oder Zierde, zu wissenschaftlichen oder Zuchtzwecken. Daraus, daß die im Tiergarten befindlichen Tiere nicht herrenlos sind, ergibt sich ohne weiteres, daß auch ihre Bestandteile nicht herrenlos sind, sondern dem Schicksal des Tieres und im Falle der Trennung (abgeworfene Hirschstangen) den §§ 953f. folgen. Nicht alle wilden Tiere im Tiergarten fallen unter die Ausnahme. Ein Adler, der frei auf einem Baume des Tiergartens horstet, ist herrenlos. Denn für ihn sind die Schranken des Tiergartens ohne Bedeutung. — Eine Silberfuchsfarm wird man nicht als Tiergarten bezeichnen können, wie es JW 1930, 2458[20] geschehen ist.

4. Teiche und andere geschlossene Privatgewässer. Es muß sich um Privatgewässer handeln. Der Gegensatz dazu ist: öffentliche Gewässer. Ob ein bestimmtes Gewässer öffentliches oder Privatgewässer ist, kann nur aus dem Landesrecht ersehen werden, dem Wasserrecht und Fischereirecht durch EG Artt 65, 69 vorbehalten sind. Geschlossene Gewässer sind solche, die eine für den Wechsel der Fische geeignete regelmäßige Verbindung mit einem andern Gewässer nicht haben. Ob die Verbindung schon nach der natürlichen Bodengestaltung fehlt oder künstlich unterbrochen ist, kommt nicht in Betracht.

5. Gleichgültig, ob **einheimisch** oder **fremdländisch.**

6. Wiedererlangen der Freiheit, d. h. Entkommen aus der menschlichen Gefangenschaft überhaupt. Ein gefangenes Tier, das aus der Gefangenschaft seines Herrn entkommt, um alsbald in die eines andern zu fallen, erlangt die Freiheit nicht, wird also nicht herrenlos.

7. Unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern nach Erlangung der Kenntnis von der Flucht des Tieres (vgl. § 121 Abs 1).

8. Verfolgen, d. h. zur Wiedererlangung bestimmte und geeignete Vorkehrungen treffen, z. B. Nachforschungen anstellen, Nachrichten aussenden, Bekanntmachungen erlassen, Leute hinausschicken, Fallen aufstellen. Das Verfolgen muß nicht persönlich geschehen, es gehört dazu auch das Verfolgenlassen durch Beauftragte und um Hilfe Gebetene. Auch die freiwillige Verfolgungstätigkeit Dritter zugunsten des Eigentümers ist diesem zugute zu rechnen, nicht aber die Verfolgung, die Dritte unternehmen, um sich das Tier anzueignen oder um ein Raubtier sicherheitshalber zu töten. Ob eine Verfolgung seitens des Eigentümers darin gesehen werden kann, wenn er über das Ausbrechen eines Tieres Anzeige erstattet und zu dessen Wiedereinfangen auffordert, ohne selbst tätig zu werden, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen, ebenso, wann die Verfolgung als aufgegeben zu erachten ist. Mit der Absicht, das Eigentum aufzugeben, muß das Aufgeben der Verfolgung nicht verbunden sein. Auch die Erklärung, Eigentümer bleiben zu wollen, kann vor dem Verluste des Eigentums durch Aufgabe der Verfolgung nicht schützen. Das Verfolgen und das Aufgeben der Verfolgung sind keine rechtsgeschäftlichen Handlungen. Es wird auch nicht angehen, auf sie die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden.

9. Gezähmte Tiere: Hierunter sind nicht zahme Tiere, also insbesondere nicht Haustiere (**RG**St LZ 1919, 208), sondern nur gezähmte wilde Tiere zu verstehen, also ursprünglich wilde Tiere, die durch Zähmung die Gewohnheit angenommen haben, freiwillig in der Gewalt des Menschen zu bleiben oder doch nach vorübergehender Abwesenheit dorthin wieder zurückzukehren. Richtig ist, daß es sich bei den gezähmten Tieren der Hauptsache nach um eine psychische Gefangenschaft handelt. Die Grenze zwischen dem gefangen gehaltenen wilden Tiere und dem gezähmten Tier ist flüssig, die Unterscheidung zwischen zahmen und gezähmten Tieren kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Entscheidend ist die Verkehrsauffassung. Vom LG Leipzig (21. 2. 31, 3 Br 73/30) sind mit Billigung des OLG Dresden die von der Stadt Leipzig aus eigener Aufzucht zur Belebung des Wassers und zur Bekämpfung der Mücken im Palmengarten ausgesetzten und dort verbliebenen Wildenten, die von Unbefugten angelockt und gestohlen wurden, als gezähmte Tiere und damit als Privateigentum der Stadt angesehen worden. Dem ist zuzustimmen,

bedenklich dagegen RGSt 48, 384, wo Brieftauben als gezähmte Tiere angesehen werden. Zahme Tiere werden durch Ablegen der Rückkehrgewohnheit nicht herrenlos, sie bleiben im Eigentum ihres Herrn so lange, bis dieser sein Eigentum tatsächlich aufgegeben hat (RGSt 50, 183).

10. Rückkehr an den ihm bestimmten Ort. Das ist nicht ganz wörtlich zu nehmen. Ein gezähmtes Tier, das nicht gerade an den ihm bestimmten Ort, aber doch an einen andern im Gewaltbereiche seines Eigentümers gelegenen Ort zurückkehrt, kann nicht als herrenlos geworden angesehen werden.

§ 961

Zieht ein Bienenschwarm aus, so wird er herrenlos, wenn nicht der Eigentümer ihn unverzüglich verfolgt oder wenn der Eigentümer die Verfolgung aufgibt [1] [2].

E I 906 II 876; M 3 373; P 3 255.

1. Das BGB handelt von den **Bienen** ausdrücklich nur in den §§ 961 ff., wo das **Schwarmrecht** geregelt wird. Ein „Deutsches Bienenrecht", in welchem alle einschlägigen Rechtsverhältnisse erörtert werden, ist neuerdings (1934) von Schüßler herausgegeben worden.

2. Das Ausziehen eines Bienenschwarms, d. h. dessen auf Natureigentümlichkeit beruhendes Wegziehen zur Ansiedlung an anderem Orte, wird der Wiedererlangung der Freiheit durch ein gefangenes wildes Tier gleichgestellt (vgl. § 960 Abs 2). Ob der nicht oder nicht mehr verfolgte Schwarm auf dem Grundstück des Züchters verbleibt — man denke an ein großes Rittergut —, ist gleichgültig.

§ 962

[1] **Der Eigentümer des Bienenschwarmes darf bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten [2]. Ist der Schwarm in eine fremde nicht besetzte [3] Bienenwohnung eingezogen, so darf der Eigentümer des Schwarmes zum Zwecke des Einfangens die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Er hat den entstehenden Schaden zu ersetzen [4].**

E I 907 II 877; M 3 373; P 3 255; 6 235, 236.

1. Rechte gegen Dritte bei der Verfolgung des Bienenschwarms. Der § 962 gewährt dem Eigentümer eines ausgezogenen Bienenschwarms zugunsten der Verfolgung weitgehende Rechte gegen Dritte. Der Eigentümer ist nicht, wie nach § 867 der Besitzer einer auf ein fremdes Grundstück gelangten Sache, auf den Anspruch beschränkt, daß ihm das Betreten des Grundstücks, auf dem der ausgezogene Schwarm sich angesiedelt hat, zur Nachsuche und Wegnahme gestattet wird, sondern das Gesetz gestattet ihm unmittelbar selbst, dieses Grundstück und auch andere bei der Verfolgung zu betreten, macht seinen darin liegenden Eingriff in die Rechte des Grundstückseigentümers zum berechtigten Eingriff und schließt die Rechtmäßigkeit der Gegenwehr aus. All dies, weil sonst das Verfolgen nicht glücken kann. Aus dem gleichen Grunde ist das Öffnen der fremden Bienenwohnung und das Herausbrechen der Waben vom Gesetz unmittelbar gestattet.

2. Umfang des Betretungsrechts: Nicht jedes Grundstück überhaupt, sondern nur jedes Grundstück, dessen Betreten zur wirksamen Durchführung der Verfolgung notwendig ist, darf betreten werden. Unnützes Herumlaufen auf seinem Grundstücke kann der Eigentümer hindern. Das Übersteigen von Hecken und Zäunen ist nicht ausgeschlossen. Polizeiliche Betretungsverbote soweit sie nicht lediglich zugunsten des Eigentümers des Grundstücks erlassen sind, werden durch Satz 1 nicht berührt.

3. Nichtbesetzte Bienenwohnung: Wegen der besetzten vgl. § 964.

4. Schadensersatz. Sowohl für den beim Betreten des Grundstücks als auch für den — je nach der Bauart — durch Herausnehmen oder Herausbrechen der Waben angerichteten Schaden ist Ersatz zu leisten, und zwar ohne Rücksicht auf Verschulden.

§ 963

[1] **Vereinigen sich ausgezogene Bienenschwärme mehrerer Eigentümer, so werden die Eigentümer, welche ihre Schwärme verfolgt haben, Miteigentümer des eingefangenen Gesamtschwarmes; die Anteile bestimmen sich nach der Zahl der verfolgten Schwärme [2] [3].**

E I 908 II 878; M 3 373, 374; P 3 255.

1. Vereinigung von Bienenschwärmen: Im § 963 sind die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse bei der untrennbaren Vereinigung beweglicher Sachen (§§ 947, 948) auf die Bienen-

schwärme übertragen. Nur soll für die Anteile der Miteigentümer nicht der Wert, sondern die Zahl der verfolgten Schwärme maßgebend sein. Fraglich kann sein, welches Rechtsverhältnis entsteht, wenn eine Vereinigung mit herrenlosen Bienenschwärmen stattfindet. Wird nur ein ausgezogener Bienenschwarm verfolgt und haben sich mit ihm andere herrenlose vereinigt, so kann kein Zweifel sein, daß der Eigentümer, der den Gesamtschwarm einfängt, Alleineigentümer des Gesamtschwarms wird, indem er sein Eigentum an seinem Schwarme behält und den herrenlosen sich aneignet. Aber auch wenn mehrere Eigentümer ihre ausgezogenen Schwärme verfolgen und diese sich miteinander und mit herrenlosen Schwärmen vereinigt haben, ist ein anderes nicht denkbar, als daß sie beim Einfangen des Gesamtschwarms am ganzen Gesamtschwarm, einschließlich der dazugekommenen herrenlosen Schwärme — an den letzteren durch gemeinsame Aneignung —, Miteigentümer werden. Daß hierbei auch die Anteile an dem ganzen Gesamtschwarme so bemessen werden, wie wenn er nur aus verfolgten Schwärmen bestanden hätte, ist ein Ergebnis von solcher Einfachheit und natürlicher Billigkeit, daß es als im Sinne des § 963 gelegen erachtet werden muß.

2. Ausnahmen: Die Grundsätze des § 963 werden auch dann anzuwenden sein, wenn die vereinigten Bienenschwärme zusammen in eine unbesetzte Bienenwohnung einziehen oder wenn die mehreren Schwärme sich in einer unbesetzten Bienenwohnung vereinigen. Den Fall aber, daß sie in eine besetzte Bienenwohnung einziehen, regelt § 964.

3. Rechte Dritter. Auf die Rechte Dritter, die an den verfolgten Einzelschwärmen vor der Vereinigung bestanden haben, ist § 949 entsprechend anzuwenden.

§ 964

Ist ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogen, so erstrecken sich das Eigentum und die sonstigen Rechte an den Bienen, mit denen die Wohnung besetzt war, auf den eingezogenen Schwarm. Das Eigentum und die sonstigen Rechte an dem eingezogenen Schwarme erlöschen.

E I 909 II 879; M 3 374; P 3 255; 4 590, 591.

Ein Anspruch auf Vergütung für den Verlust des Eigentums und der Rechte an dem eingezogenen Schwarme nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ist im § 964 nicht eingeräumt. Es fragt sich, ob § 951 entsprechend anzuwenden ist. Dies wird mit Recht von der überwiegenden Zahl verneint. Der Hungerschwarm verursacht in der Regel erheblichen Schaden an den in der Bienenwohnung vorhandenen Bienen. Auf dieser Erfahrung beruht die Vorschrift des Gesetzes, das Nichteinräumen des Bereicherungsanspruchs bedeutet seinen Ausschluß.

VI. Fund

§ 965

Wer eine verlorene [1]) Sache findet und an sich nimmt [2]), hat dem Verlierer oder dem Eigentümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten [3]) unverzüglich Anzeige zu machen [4]).

Kennt der Finder [5]) die Empfangsberechtigten nicht oder ist ihm ihr Aufenthalt unbekannt, so hat er den Fund und die Umstände, welche für die Ermittelung der Empfangsberechtigten erheblich sein können, unverzüglich der Polizeibehörde anzuzeigen [6]). Ist die Sache nicht mehr als drei Mark wert, so bedarf es der Anzeige nicht [7]).

E I 910, 921 II 880; M 3 375—377, 386; P 3 255, 256, 272.

1. Verloren kann nur eine Sache sein, die nicht herrenlos ist. Dagegen kann eine verlorene Sache durch Hinzutreten des Eigentumaufgabewillens herrenlos werden; sie hört dann auf, verloren zu sein. Denn der Begriff des Verlorenseins setzt Fortdauer der Rechtsstellung des Eigentümers und Verlierers voraus. Wenn ein Eigentümer falschen Geldes dieses wegwirft, weil er verfolgt wird, so gibt er den Besitz auf in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten. Das Falschgeld wird dann herrenlos und ist deshalb keine verlorene Sache (RGSt 67, 298). — Zum Verlorensein gehört es ferner, daß ein Besitz an der Sache nicht mehr besteht. Wird der Besitz an einer z. B. im Hause verlegten Sache durch den Besitz an den Räumen, wenn auch unbewußt, aufrechterhalten, so ist die Sache nicht verloren. „Das Haus verliert nichts." Das gilt nicht nur für das eigene Haus, sondern auch für Räume, in denen man zur Miete wohnt, z. B. Zimmer eines Gasthauses, und nicht nur für die Zeit, in der man dort wohnt. Nicht verloren sind auch versteckte Sachen, also insbesondere die der Sicherheit

halber an irgendeinem Ort verborgenen Sachen. Denn der Besitz an diesen besteht fort (RGSt 2. 3. 11 I 1220/10; RGSt 53, 175). Ein Geldschein, der beim Ordnen von Lumpen unter diesen entdeckt wird, kann nicht gefunden werden, denn er steht im Besitz des Händlers (a. M. OLG 41, 158). Die Perle in der Auster wird vom Gast nicht „gefunden", denn sie ist nicht verloren; vgl. auch A 2 zu § 956. Der Besitzverlust muß ferner eine gewisse Endgültigkeit haben. Der nur vorübergehende Verlust genügt nicht. Eine entfallene Sache, deren Verlust und Verbleib alsbald entdeckt wird, ist nicht verloren. In welchem Zeitpunkte man von Verlorensein sprechen kann, ist darum im allgemeinen nicht zu sagen, vielmehr im einzelnen Falle nach der Verkehrsauffassung zu bestimmen. Eine im Straßengewühl der Großstadt entfallene Börse kann nach Sekunden als verloren anzusehen sein, eine auf einsamem Wege entfallene nach Stunden noch als bloß augenblicklich abhanden gekommen. Der Besitzverlust muß unwillkürlich erfolgen. Die weggeworfene Sache ist sowenig verloren wie die gestohlene. Freilich kann der Dieb seinerseits die gestohlene Sache verlieren, weil Verlierer und Eigentümer nicht ein und dieselbe Person sein muß. Auch durch den Besitzdiener und im Falle des mittelbaren Besitzes durch den Besitzvermittler kann die Sache verloren werden. Fraglich ist nur, ob die Sache auch dann für den Besitzer oder mittelbaren Besitzer als verloren im Sinne des § 965 zu gelten hat, wenn sie zwar ohne sein Wissen und Willen, aber mit Wissen und Willen des Besitzdieners oder Besitzvermittlers besitzerlos geworden ist (bejahend: Planck, Staudinger).

2. **Finden** ist Wahrnehmen mit dem Bewußtsein, daß es sich um eine verlorene Sache handelt, **Ansichnehmen** willkürliche Besitzergreifung. Aufnehmen zur Besichtigung ist nicht „Ansichnehmen". Das Ansichnehmen ist Rechtshandlung, aber kein Rechtsgeschäft.

3. Der **Verlierer** gilt ebenso wie der Eigentümer ohne weiteres von Gesetzes wegen als empfangsberechtigt. Der Finder braucht seine Rechtsstellung nicht nachzuprüfen. Empfangsberechtigt kann auch derjenige sein, der die Sache vor dem Verlust als dinglich Nutzungsberechtigter oder auf Grund Gestattung des Eigentümers oder Nutzungsberechtigten, z. B. als Mieter, im Besitz hatte. Auch der Pfandgläubiger kann in Frage kommen. Aber auch die auf der Sache oder auf ihr anhaftenden Marken, z. B. Schlüsselmarken als empfangsberechtigt bezeichneten Dritten zählen hierher.

4. **Anzeige an den Empfangsberechtigten.** Das Gesetz verlangt Anzeige an den bekannten Empfangsberechtigten selbst. Die Anzeige an die Polizei genügt daher nicht, wenn der Finder einen Empfangsberechtigten kennt. Dagegen braucht der Finder die Anzeige nicht in eigener Person zu machen. Er kann sich dazu auch anderer, so auch der Polizeibeamten als Mittelspersonen bedienen. Übernimmt daher die Polizei allgemein oder im einzelnen Falle die Anzeigevermittlung, so genügt der Finder seiner Pflicht zur Anzeige an den Empfangsberechtigten auch auf dem Wege der Verständigung durch die Polizei. Eine besondere Form ist für die Anzeige nicht vorgeschrieben. Sie könnte also unter Umständen auch durch Veröffentlichung in einem Tagesblatte erfolgen. Es kommt dabei darauf an, ob die Veröffentlichung nach den Umständen dem Empfangsberechtigten die Kenntnis des Fundes zu vermitteln geeignet war. Die Anzeige ist selbstverständlich nur dann zu erstatten, wenn sie tunlich ist. So entfällt die Anzeigepflicht, wenn der bekannte Verlierer bekannten Aufenthalts, aber nicht erreichbar oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten mit der Anzeige erreichbar ist. Wird der Verlierer erreichbar, so ist die Anzeige unverzüglich nachzuholen.

5. **Finder** ist — auch bei mehreren am Fund Beteiligten — derjenige, der die verlorene Sache gefunden und an sich genommen hat.

6. **Anzeige an die Polizeibehörde.** Die Pflicht zu dieser Anzeige ist nicht nur dann verletzt, wenn die Anzeige überhaupt versäumt oder verzögert wird, sondern auch dann, wenn dabei die zur Ermittlung des Empfangsberechtigten dienlichen Umstände nicht gewissenhaft angegeben werden. Wird dem Finder nach Erstattung der Anzeige bei der Polizei ein Empfangsberechtigter bekannt, so ist zwar im Gesetz eine zweite Anzeige nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Das Bekanntwerden des Empfangsberechtigten hindert aber den seinerzeitigen Eigentumserwerb des Finders (§ 974) und hat dem Sinn und Zweck des § 965 nach auch die Pflicht zur Anzeige an den Empfangsberechtigten nach Abs 1 zur Folge. Vgl. A 7. Welche Polizeibehörde zur Entgegennahme der Anzeige zuständig ist, bestimmt das Landesrecht. Die von der Polizei zu entfaltende Tätigkeit bezweckt den Schutz der verschiedenen, in Ansehung eines Fundes möglicherweise in Betracht kommenden, noch ungewissen oder unbekannten Privatrechte. Sie dient also der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und damit dem öffentlichen Interesse (RG 5. 1. 06 III 397/05).

7. **Fund geringwertiger Sachen.** Mark ist jetzt Reichsmark. Nur die Anzeige bei der Polizei im Falle des Abs 2 ist bei geringwertigen Sachen erlassen, nicht auch die Anzeige an den bekannten Empfangsberechtigten im Falle des Abs 1. Dies hat zur notwendigen Folge, daß die Pflicht zur Anzeige an den Empfangsberechtigten im Augenblicke seines Bekanntwerdens eintritt. Der Finder hat also nach dem Bekanntwerden des Empfangsberechtigten diesem unverzüglich gemäß § 965 Abs 1 Anzeige zu machen. Was so für den Fund geringwertiger Sachen gilt, muß auch beim hochwertigen Fund zutreffen, vgl. A 6.

§ 966

Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet [1]).

Ist der Verderb der Sache zu besorgen oder ist die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, so hat der Finder die Sache öffentlich versteigern zu lassen [2]). Vor der Versteigerung ist der Polizeibehörde Anzeige zu machen [3]). Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

E I 911, 913 II 881; M 3 378, 379; P 3 258, 261.

1. Verwahrungspflicht des Finders: Die Verwahrungspflicht des Finders beginnt erst dann, wenn er die Sache wirklich an sich genommen hat. Solange er sie nur zur Besichtigung aufgenommen hat, kann er sie wieder niederlegen. Aus der Verwahrungspflicht ergibt sich das Recht des Finders zum Besitz. Er erwirbt, wenn er für den Eigentümer besitzen will, den Besitz in gutem Glauben, haftet dann also nicht nach §§ 990, 989. Dasselbe gilt für den, der die Fundsache für den Finder in Verwahrung nimmt (**RG** JW 1924, 1715[6]). Die Verwahrungspflicht ist keine unbedingte. Erweist sich die Sache als verdorben und wertlos oder verdirbt sie und wird wertlos, so kann sich der Finder ihrer ohne weiteres entledigen. Denn die Verwahrung nach § 966 Abs 1 hat nur den Zweck, dem Empfangsberechtigten die Sache zu erhalten. Ist dieser Zweck unerreichbar, so entfällt auch die Verwahrungspflicht. Sie liegt auch dann nicht im Sinne des Gesetzes, wenn der Zustand der Sache (z. B. wegen Ansteckungsgefahr) ihre Verwahrung untunlich erscheinen läßt (Unmöglichkeit der Erfüllung). Daß dagegen die Verwahrung dem Finder lediglich lästig fällt, ist kein Grund, ihn zur Aufgabe der Verwahrung zu ermächtigen. Denn durch § 967 ist ihm freigestellt, die Sache an die Polizeibehörde abzuliefern. Die Verwahrungspflicht erstreckt sich auch auf Beziehen, Verwahren und Verwerten etwaiger Früchte der Sache, z. B. der Milch einer gefundenen Kuh. Der etwaige Erlös ist mit herauszugeben oder geht an den Kosten für Verwahrung und den sonstigen Aufwendungen ab. Die Kosten des Beziehens, Verwahrens, Verwertens der Früchte mindern ohne weiteres deren Erlös. Das Selbstbeziehen der Früchte durch den Finder ist unter Umständen nicht ausgeschlossen. — Trotz der Verwahrungspflicht des Finders entspricht sein Verhältnis zu dem Eigentümer der verlorenen Sache nicht dem § 868, auch nicht, wenn der Finder den Eigentümer kennt und dieser von dem Besitz des Finders weiß (**RG** 4. 2. 27 III 104/26).

2. Versteigerung: Der Finder hat die Pflicht, versteigern zu lassen, nur dann, wenn er nicht vorzieht, die Sache an die Polizeibehörde abzuliefern (§ 967). Über den Begriff der öffentlichen Versteigerung vgl. § 383 Abs 3. Durch die Versteigerung erlangt der Ansteigerer, dem die Sache der Versteigerung zufolge übertragen wird, Eigentum. Aber nicht etwa auf Grund der §§ 932, 935 Abs 2. Denn der Finder ist hier als Veräußerer kraft Gesetzes an die Stelle des Eigentümers getreten. Er ist berechtigt, auf Grund der öffentlichen Versteigerung wirksam Eigentum zu übertragen, der Erwerb von ihm ist also nicht Erwerb von Nichtberechtigten. War der Finder nicht berechtigt, die Sache versteigern zu lassen, weil die Voraussetzungen des Abs 2 nicht vorlagen, so kann er zwar nicht wirksam Eigentum übertragen, der gutgläubige Erwerber aber erlangt dann Eigentum nach § 935 Abs 2. Der gute Glaube, der hier verlangt wird, ist der Glaube an das Vorliegen einer ordnungsmäßigen Fundversteigerung, vgl. die entsprechende Vorschrift in § 1244. Gutgläubig ist auch hier derjenige, welcher glaubt, vom Berechtigten zu erwerben. Der Fall des § 966 ist dem des § 1244 so gleichartig, daß eine entsprechende Anwendung des § 1244 auf die Tatbestände des § 966 zulässig sein muß.

3. Die Anzeige über das Bevorstehen der Versteigerung soll der Polizeibehörde ermöglichen, zu prüfen, ob der Versteigerungsfall gegeben ist und, wenn sie es für erforderlich hält, sich die Sache oder den Versteigerungserlös abliefern zu lassen (§ 967). Die Anzeige muß daher so frühzeitig erfolgen, daß die Polizeibehörde ihre Verfügung noch rechtzeitig treffen kann. Die Versteigerung zu verbieten, steht der Polizeibehörde nach §§ 966, 967 nur zu, wenn sie gleichzeitig die Ablieferung anordnet.

§ 967

[1]) Der Finder ist berechtigt [2]) und auf Anordnung der Polizeibehörde verpflichtet, die Sache oder den Versteigerungserlös an die Polizeibehörde abzuliefern [3]).

E I 912 II 882; M 3 379; P 3 259.

1. Fundablieferung an die Polizeibehörde. Die Ablieferung kann sowohl der Entlastung des Finders wie der Sicherstellung des Verlierers dienen. Sie hat zur Folge, daß der Finder seiner Verpflichtung zur Verwahrung und zur Herausgabe an den Berechtigten ledig wird, ohne seiner Ersatzansprüche für Aufwendungen, seines Finderlohns und seines Anrechts auf die Sache oder den Erlös nach fruchtlosem Ablaufe der Wartezeit verlustig zu gehen. Die Polizeibehörde

anderseits hat dafür zu sorgen, daß die Verwahrung und gegebenenfalls die Herausgabe an den Empfangsberechtigten erfolgt und die Ansprüche des Finders erfüllt werden. Ihre Obliegenheiten sind indessen, wenn schon auf dem BGB beruhend, doch nicht private Schuldrechtsverbindlichkeiten, sondern Amtspflichten der beteiligten Beamten. Zu deren wirksamer Ausübung stehen der Polizeibehörde die gleichen gesetzlichen Ermächtigungen zur Seite wie dem Finder vor der Ablieferung, insbesondere die Befugnis zur Anordnung der Versteigerung. Die Versteigerung im Auftrage der Polizeibehörde hat die gleiche Wirkung wie die im Auftrage des Finders erfolgte öffentliche Versteigerung. Was die bei der Polizeibehörde aufgewendeten Kosten anlangt, so steht deren Anforderung das BGB nicht entgegen, aber auch nicht zur Seite. Die Rechtsnorm für die Pflicht zum Ersatze dieser Kosten muß, da es Kosten für öffentliche Hilfeleistung sind, dem öffentlichen Rechte, also dem Landesrechte, entnommen werden, das auch im übrigen zur Regelung der Obliegenheiten der Polizeibehörden in Fundsachen insoweit zuständig ist, als nicht das BGB selbst Vorschrift getroffen hat.

2. **Ablieferungsberechtigung.** Die Berechtigung hat bürgerlichrechtliche Wirksamkeit gegenüber dem Verlierer — dieser muß sich die Ablieferung mit ihren Wirkungen gefallen lassen —, öffentlich-rechtliche Bedeutung gegenüber der Polizeibehörde. Die unter 1 geschilderten Wirkungen der Ablieferung treten aber erst mit der wirklichen Übernahme durch die Polizeibehörde ein. Nicht also z. B. schon durch das Anbieten der Ablieferung dann, wenn die Polizeibehörde vorübergehend wegen Mangels eines Verwahrungsraumes zur Übernahme außerstande ist.

3. **Ablieferungspflicht auf Verlangen der Polizeibehörde.** Die Pflicht besteht nur der Polizeibehörde gegenüber und hat öffentlich-rechtliche Natur. Die Erzwingung ihrer Erfüllung erfolgt nicht im Rechtswege, sondern auf dem Wege der polizeilichen Zwangsmaßregeln. Die Anordnung der Ablieferung kann von vornherein für alle Funde oder für bestimmte Arten von solchen aber auch im einzelnen Fall auf die Fundanzeige hin erfolgen, aber immer nur dem Finder gegenüber. Einem Rechtsanwalt, der im Auftrage eines Dritten einen Fund angezeigt hat, kann die Polizei nicht aufgeben, die Ablieferung des Fundstücks zu veranlassen (JW 1925, 1060).

§ 968

Der Finder hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten [1]).

E II 883; P 3 258, 259.

1. **Haftungsverbindlichkeit des Finders.** Die Vorschrift überträgt den Grundsatz des § 680 und damit auch seine Ausnahme in § 682 auf das Fundrecht. Wie der, der auftragslos fremde Geschäfte führt, um von dem Geschäftsherrn drohende dringliche Gefahr abzuwenden, so soll auch der Finder, der in ganz ähnlicher Lage ist, nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten haben. Der Finder haftet also für den Schaden dann, wenn er den ihm als Finder obliegenden Pflichten vorsätzlich oder unter besonders schwerer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt — grob fahrlässig — zuwiderhandelt, während er für leichtere Versehen nicht verantwortlich ist. Der Verstoß kann sich richten gegen die Anzeigepflicht, aus deren Verletzung unnütze Kosten für Nachforschungen und Schäden durch verspätete Ermittlung des Berechtigten entstehen können, er kann sich ebenso gegen die Pflicht zur Verwahrung richten und die Beschädigung oder den Untergang der Sache zur Folge haben, er kann sich endlich gegen die Pflicht zur gewissenhaften Prüfung der Empfangsberechtigung richten und den Verlust durch Herausgabe an einen Unberechtigten zur Folge haben. — In dem vom **RG** JW 1924, 1715[6] entschiedenen Falle hatte eine Mutter die von ihrem Kind gefundene Sache als solche in Verwahrung genommen. Die Frage, ob auch die Mutter nur nach § 968 haften würde, ist dort offen geblieben, aber wohl zu bejahen.

§ 969

Der Finder wird durch die Herausgabe der Sache an den Verlierer auch den sonstigen Empfangsberechtigten gegenüber befreit.

E II 884; P 3 259—261.

Herausgabe an den Verlierer. Das Gesetz erleichtert die Verantwortlichkeit des Finders für richtige Herausgabe wesentlich dadurch, daß es den Verlierer als den Empfangsberechtigten bezeichnet. Hiernach wird der Finder einer gestohlenen und vom Dieb verlorenen Sache frei, wenn er die Sache dem Dieb herausgibt. Man wird das aber nur für den Fall anzuerkennen haben, daß der Finder den wahren Sachverhalt nicht kennt. Kennt er ihn, gibt er trotzdem dem Dieb als dem Verlierer die Sache zurück und verstößt er dadurch gegen § 257 des StGB, so kann er sich auf § 969 nicht berufen, weil die Herausgabe nach § 138 nichtig ist. Aus § 968 ergibt sich weiter, daß der Finder schon dann frei wird, wenn er an denjenigen herausgibt, den er ohne grobe Fahrlässigkeit für den Verlierer hält, auch wenn er nicht wirklich der Verlierer ist.

Kraft der gesetzlichen Empfangsberechtigung des Verlierers wird der Finder durch Herausgabe an ihn auch dann frei, wenn der Eigentümer den Herausgabeanspruch erhebt und sein Recht

glaubhaft macht. Er braucht sich auf den Streit zwischen Verlierer und angeblichem Eigentümer nicht einzulassen und braucht die Sache nicht zu hinterlegen. Anderseits ist daran festzuhalten, daß der Verlierer als solcher nur eine Empfangsberechtigung, aber keinen Herausgabeanspruch hat. Der Finder kann also, wenn dem Verlierer kein Recht auf die Sache zur Seite steht, ihm die Herausgabe verweigern und wird durch die Herausgabe an den wahren Berechtigten frei. Die gesetzliche Empfangsberechtigung des Verlierers ist nicht unantastbar. Der wahre Berechtigte hat die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, durch die dem Finder die Herausgabe an den Verlierer untersagt wird. In diesem Falle ist die Wirksamkeit des § 969 für die Dauer der einstweiligen Verfügung ausgeschaltet.

Die Vorschrift ist nach ihrer Entstehungsgeschichte wesentlich auf den **Besitzdiener** gemünzt. Als „Verlierer" sollte auch dieser empfangsberechtigt sein. Das ist auch erreicht, denn nach dem oben in Abs 2 Ausgeführten kann man dem Besitzdiener die Rolle des Verlierers nicht deshalb absprechen, weil er keinen Herausgabeanspruch hat. Besteht das Besitzdienerverhältnis bei der Herausgabe noch, so ist der Finder befreit. Besteht es nicht mehr, so nur dann, wenn ihm weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

§ 970

Macht der Finder zum Zwecke der Verwahrung oder Erhaltung der Sache oder zum Zwecke der Ermittelung eines Empfangsberechtigten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so kann er von dem Empfangsberechtigten Ersatz verlangen.

E I 914 II 885; M 3 380; P 3 261, 262.

Ersatz der Aufwendungen. Soweit die Aufwendungen zur Verwahrung und Erhaltung notwendig sind, also auf Grund der Verwahrungspflicht gemacht werden müssen, würde sich der Ersatzanspruch auch aus § 966 schon ergeben. Dies muß auch von den Kosten einer etwaigen Versteigerung gelten. § 970 gibt den Ersatzanspruch in noch weiterem Umfange, § 994 Abs 1 Satz 2 gilt aber auch hier. Bezüglich der Aufwendungen der Polizeibehörde vgl. § 967 A 1 am Ende.

§ 971

Der Finder kann von dem Empfangsberechtigten [1]) einen Finderlohn [2]) verlangen. Der Finderlohn beträgt von dem Werte der Sache [3]) bis zu dreihundert Mark fünf vom Hundert, von dem Mehrwert eins vom Hundert, bei Tieren eins vom Hundert. Hat die Sache nur für den Empfangsberechtigten einen Wert, so ist der Finderlohn nach billigem Ermessen zu bestimmen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt [4]) oder den Fund auf Nachfrage verheimlicht [5]).

E I 914 II 886; M 3 380, 381, 386; P 3 261—264, 272.

1. **Von dem Empfangsberechtigten,** d. h. von demjenigen Empfangsberechtigten, dem er herausgibt. Gegen die übrigen hat er keinen Anspruch.

2. **Finderlohn.** Gedacht ist der Finderlohn sowohl als Belohnung für die Ehrlichkeit wie als Vergütung für die Mühewaltung. Man wird aber daraus nicht den Schluß ziehen dürfen, daß durch den Finderlohn alle Mühe entschädigt sein soll, die der Finder aus Anlaß des Fundes aufgewendet hat. Hat der Finder z. B. gefundene Tiere längere Zeit selbst persönlich verpflegt oder durch seine Dienstleute pflegen lassen, während ihm frei blieb, solche durch Dritte verpflegen zu lassen oder der Polizei zu übergeben, so wird man ihm für diese besondere Mühewaltung eine Vergütung auch neben dem Finderlohn zubilligen müssen.

3. **Wert der Sache:** Der gemeine Wert zur Zeit der Herausgabe. Besonderes Interesse des Verlierers oder Finders kommt daneben nicht in Betracht. Mark ist jetzt Reichsmark.

4. **Verlust des Finderlohns bei Verletzung der Anzeigepflicht.** Vgl. § 965. Es muß schuldhafte Verletzung vorliegen, und zwar Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit (§ 968).

5. **Verlust des Finderlohns wegen Fundverheimlichung.** Die Verheimlichung muß auf die Anfrage eines glaubhaft Berechtigten geschehen. Sie kann durch Schweigen, Auskunftsverweigerung, Leugnen, Vorspiegelungen erfolgen. Kommt der Finder, um den Berechtigten zu täuschen, einer Anfrage mit solchen Vorspiegelungen zuvor, so wird es so anzusehen sein, als ob die Anfrage gestellt gewesen wäre. Ernsthafte Verweisung des Fragers an die Polizeibehörde, der die Anzeige erstattet ist, kann nicht als Verheimlichung erachtet werden. Dem Finder, der die vorgeschriebene Anzeige an die Polizeibehörde erstattet hat, wird insbesondere dann, wenn er die Fundsache an die Polizei abgeliefert hat, die Verweisung an die Polizei gestattet sein müssen.

Wer dagegen den Frager nicht an die Polizei verweist, kann trotz der dorthin gemachten Anzeige und Ablieferung des Finderlohns verlustig gehen, wenn er dem anfragenden Berechtigten den Fund verheimlicht. Wer bei mehreren Empfangsberechtigten dem einen den Fund verheimlicht, dem andern mitteilt, verliert gegen den letzteren seinen Finderlohnanspruch nicht.

§ 972

Auf die in den §§ 970, 971 bestimmten Ansprüche finden die für die Ansprüche des Besitzers gegen den Eigentümer wegen Verwendungen geltenden Vorschriften der §§ 1000 bis 1002 entsprechende Anwendung [1]) [2]).

E I 915 II 887; M 3 379, 380; P 3 264—268; 6 236.

1. **Schutz der Ansprüche des Finders.** Der Finder kann die Herausgabe verweigern, bis er für die Verwendungen und den Finderlohn befriedigt ist, kann aber beides nur fordern, wenn der Empfangsberechtigte die Fundsache erhält oder die Ansprüche genehmigt. Hat der Empfangsberechtigte die Fundsache schon wieder in seinen Besitz bekommen und will er die Ansprüche des Finders nicht genehmigen, so kann er die Fundsache zurückgeben und sich damit von den Ansprüchen befreien. Ebenso kann er zum gleichen Zweck die ihm angebotene Fundsache zurückweisen. Nimmt er aber die ihm unter ausdrücklichem Vorbehalte jener Ansprüche angebotene Fundsache, so hat er die Ansprüche genehmigt. Erhält er die Sache ohne Vorbehalt der Ansprüche, so wird er nach Ablauf eines Monats von den Ansprüchen frei, falls er nicht inzwischen belangt ist oder genehmigt hat. Vgl. § 974.

2. § 1000 Satz 2 ist unanwendbar. Auch der unredliche Finder verletzt durch das Ansichnehmen einer verlorenen Sache kein fremdes Recht.

§ 973

[1]) Mit dem Ablauf eines Jahres nach der Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde erwirbt der Finder das Eigentum an der Sache, es sei denn, daß vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat. Mit dem Erwerbe des Eigentums erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache [2]).

Ist die Sache nicht mehr als drei Mark wert, so beginnt die einjährige Frist mit dem Funde. Der Finder erwirbt das Eigentum nicht, wenn er den Fund auf Nachfrage verheimlicht. Die Anmeldung eines Rechtes bei der Polizeibehörde steht dem Erwerbe des Eigentums nicht entgegen.

E I 918—921 II 888; M 3 382—386; P 3 271, 272.

1. **Eigentumserwerb durch den Finder.** Mit dem Ablauf eines Jahres erlangt der Finder das Eigentum der Fundsache, und zwar nach Ablauf eines Jahres vom Augenblicke des Fundes an in dem Falle, in dem eine Fundanzeige an die Polizei n i c h t vorgeschrieben ist, in den andern Fällen nach Ablauf eines Jahres von der Anzeige bei der Polizei. Solange diese nicht erstattet ist, kommt die Frist nicht in Lauf. In beiden Fällen erwirbt der Finder das Eigentum nicht, wenn ihm ein Empfangsberechtigter vor Ablauf der Frist bekannt geworden ist, in den Fällen der Notwendigkeit der Polizeianzeige auch dann nicht, wenn sich vor Ablauf der Frist ein Empfangsberechtigter bei der Polizei gemeldet hat, in den Fällen der Entbehrlichkeit der Polizeianzeige dann nicht, wenn er selbst auf Nachfrage den Fund verheimlicht hat. Die Umstände, die hiernach den Erwerb des Finders hindern, sind ihm im Streitfalle nachzuweisen. Auffällig ist, daß die Verheimlichung des Fundes auf Nachfrage den Eigentumserwerb des Finders dann nicht hindert, wenn es sich um einen wertvolleren Fund handelt, der der Polizei angezeigt ist. Man ist indessen nicht genötigt, ein Übersehen anzunehmen. Denn, wenn der Finder durch die Nachfrage Kunde von dem Empfangsberechtigten erhalten hat, so verliert er ohnehin sein Fundrecht. Hat ihn aber die Nachfrage nicht zu dem Glauben an die Empfangsberechtigung des Nachfragers gebracht und dieser auch auf die Verheimlichung hin keinen Anlaß zur Anmeldung seines Rechtes bei der Polizei genommen, so verlangt auch die Billigkeit nicht die Hintanhaltung des Funderwerbs.

Der Finder erwirbt das Eigentum mit dem Ablaufe der Wartezeit, aber mit Rückwirkung, weil der Eigentumserwerb durch Fund als Erwerb durch Aneignung zu betrachten ist, nicht als Erwerb kraft Gesetzes (bestr.).

Hat jemand eine Sache als Fund bei der Polizei abgeliefert und liegen die Voraussetzungen vor, unter denen er das Eigentum an einem Funde erworben haben würde, verweigert ihm aber die Polizei die Aushändigung der Sache, weil kein Fund vorgelegen habe, so gehört der Anspruch des Finders auf Herausgabe seines Eigentums nicht dem bürgerlichen Recht an, er ist vor den ordentlichen Gerichten nicht verfolgbar (vgl. § 965 A 6 a. E.). Die Aushändigung des Fundes

ist eine Amtshandlung der Polizei, auf deren Vornahme nicht geklagt werden kann (a. M. LZ 1917, 1148[9]). Es gibt daher auch keinen privatrechtlichen Herausgabeanspruch gegen die Polizei, der etwa gepfändet werden könnte. Pfändbar und verpfändbar ist dagegen das Recht auf den Eigentumserwerb, denn es ist vererblich und übertragbar.

Wenn während der einjährigen Frist der Fundgegenstand behördlich beschlagnahmt und das Eigentum daran auf das Reich übertragen ist, kann der Finder das Eigentum nicht mehr erwerben (RG JW 1931, 930[4]).

2. Rechte an der Sache. Die früher bestandenen Rechte an der Sache erlöschen im Augenblick des Funderwerbs gleich dem früheren Eigentum. Die Fundverwirkung richtet sich gegen die Inhaber solcher Rechte, Pfandgläubiger, Nießbraucher mit um so mehr Fug, als sie nach Lage der Sache zumeist als Verlierer in Betracht kommen werden.

§ 974

[1]) Sind vor dem Ablaufe der einjährigen Frist Empfangsberechtigte dem Finder bekannt geworden oder haben sie bei einer Sache, die mehr als drei Mark wert ist, ihre Rechte bei der Polizeibehörde rechtzeitig angemeldet, so kann der Finder die Empfangsberechtigten [2]) nach den Vorschriften des § 1003 zur Erklärung über die ihm nach den §§ 970 bis 972 zustehenden Ansprüche auffordern [3]). Mit dem Ablaufe der für die Erklärung bestimmten Frist erwirbt der Finder das Eigentum und erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache, wenn nicht die Empfangsberechtigten sich rechtzeitig zu der Befriedigung der Ansprüche bereit erklären [4]) [5]).

E I 919 II 889; M 3 384, 385; P 5 268—272; 6 236.

1. Funderwerb wegen Nichteinlösung des Fundes durch die Empfangsberechtigten. Die durch rechtzeitiges Bekanntwerden oder Anmelden Empfangsberechtigter geschaffene Rechtslage, daß der Finder nicht Eigentümer wird, aber auch für seinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen und auf Finderlohn nur das Recht der Zurückhaltung der Fundsache hat, ist dem Finder ungünstig, wenn die Empfangsberechtigten sich der Einlösung, d. h. der Befriedigung der Ansprüche gegen Herausgabe der Fundsache weigern. Denn der Finder muß dann die Fundsache als fremde behandeln und kann sich für seine Ansprüche keine Befriedigung verschaffen. Zugunsten des Finders ist darum in § 974 bestimmt, daß der Finder das Eigentum erwirbt, wenn die Empfangsberechtigten trotz Aufforderung binnen angemessener Frist sich zur Befriedigung der Ansprüche nicht bereit erklären. Ob er die Empfangsberechtigten von vornherein kennt, oder ob sie ihm erst später bekannt werden, ist dabei in allen Fällen bedeutungslos.

2. Die Empfangsberechtigten, also alle Empfangsberechtigten. Solange die Frist nicht allen Empfangsberechtigten gesetzt und nicht gegen alle erfolglos abgelaufen ist, erlangt der Finder das Eigentum nicht. Man wird aber annehmen müssen, daß die Frist für einen jeden der Empfangsberechtigten gesondert abläuft, so daß er von dem erfolglosen Ablauf an als Empfangsberechtigter nicht mehr in Betracht kommt.

3. Aufforderung zur Erklärung: Zu verlangen ist die Erklärung, ob der Empfangsberechtigte zur Befriedigung der Ansprüche bereit ist. Genaue Angabe der Art und Höhe der Ansprüche ist Voraussetzung.

4. Folgen des Verhaltens der Empfangsberechtigten auf die Aufforderung. Wortlaut und Sinn der Vorschrift ergeben, daß der Finder Eigentümer der Fundsache wird, wenn die Empfangsberechtigten innerhalb der Frist überhaupt keine Erklärung abgeben oder die Befriedigung der Ansprüche verweigern, ohne sie zu bestreiten. Erklärt der Empfangsberechtigte dagegen, daß er sich der Befriedigung der Ansprüche nicht weigere, falls solche beständen, bestreitet er aber ihr Bestehen ganz oder teilweise, so ist die Frage des Bestehens der Ansprüche im Rechtswege auszutragen. Der Finder muß seine Ansprüche feststellen lassen und kann dann dem Empfangsberechtigten eine neue angemessene Frist setzen.

5. Wirkung der Erklärung der Empfangsberechtigten vor der Fristsetzung. Da die Fristsetzung nur den Zweck hat, den Empfangsberechtigten zur Erklärung über Verweigerung oder Nichtverweigerung der Befriedigung zu zwingen, so ist sie unnötig, wenn die Erklärung schon vorher erfolgt ist. Für den Fall der Anerkennung der Ansprüche ergibt sich dies unmittelbar aus den §§ 972 u. 1001. Für den Fall der Verweigerung aber muß darin, daß die Weigerung von vornherein ohne Abwarten der Fristsetzung erklärt wird, ein Verzicht des Empfangsberechtigten auf die Fristsetzung gefunden werden. Vgl. § 972 A 1.

§ 975

Durch die Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde werden die Rechte des Finders nicht berührt [1]. Läßt die Polizeibehörde die Sache versteigern [2], so tritt der Erlös an die Stelle der Sache. Die Polizeibehörde darf die Sache oder den Erlös nur mit Zustimmung des Finders einem Empfangsberechtigten herausgeben [3].

E I 913, 916 II 890; M 3 378, 380; P 3 261, 271.

1. Die **Rechte** des Finders bleiben **unberührt**, wohl aber ändern sich seine Pflichten. Er wird der Verwahrungspflicht ledig und seine Pflicht zur Herausgabe verwandelt sich in die Pflicht zur Zustimmung zur Herausgabe durch die Polizei. Eine gewisse Veränderung erfährt dadurch mittelbar auch das Zurückbehaltungsrecht des Finders dahin, daß er nunmehr der Herausgabe zuzustimmen nur gegen Befriedigung seiner Ansprüche verpflichtet ist.

2. **Versteigerung auf Anordnung der Polizeibehörde:** Wann diese zulässig ist, ergibt sich aus den dafür erlassenen öffentlich-rechtlichen Normen des Landesrechts. Jedenfalls ist die Versteigerung in den Fällen des § 966 Abs 2 zulässig.

3. **Darf nicht herausgeben.** Die Schranke ist, wenn auch bürgerlich-rechtlichen Ursprungs, doch öffentlich-rechtlichen Inhalts. Gibt der Polizeibeamte trotz fehlender Zustimmung des Finders die Sache heraus, so verletzt er seine Amtspflicht und begründet dadurch gegebenenfalls eine Schadensersatzpflicht. Die bürgerlich-rechtliche Wirksamkeit der Herausgabe aber ist davon nicht berührt. Auf die Erteilung der Zustimmung kann der Verlierer gegen den Finder klagen. Ist die Verweigerung der Zustimmung nicht ernsthaft, so ist die Polizei an der Herausgabe nicht gehindert. Dasselbe wird aber auch dann anzunehmen sein, wenn die Zustimmung frivol, trotz Anerkennung der Verpflichtung dazu, verweigert wird, wenn z. B. der mittellose Finder, der zur Ablieferung an die Polizei gezwungen worden ist, weil er die Anzeigepflicht verletzt hat, die Zustimmung offen nur deshalb verweigert, um dem Verlierer die Prozeßkosten nicht zu ersparen.

§ 976

Verzichtet der Finder der Polizeibehörde gegenüber auf das Recht zum Erwerbe des Eigentums an der Sache, so geht sein Recht auf die Gemeinde des Fundorts über [1]).

Hat der Finder nach der Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde auf Grund der Vorschriften der §§ 973, 974 das Eigentum erworben, so geht es auf die Gemeinde des Fundorts über, wenn nicht der Finder vor dem Ablauf einer ihm von der Polizeibehörde bestimmten Frist die Herausgabe verlangt [2]).

E I 923 II 891; M 3 386; P 3 272, 273.

1. **Verzicht auf den Fund:** Die Rechte auf den Fund sind frei veräußerlich. Verzichtet darum der Finder auf sein Recht zum Erwerb des Eigentums zugunsten eines bestimmten Dritten, so kommen die Grundsätze über die Übertragung von Ansprüchen zur Anwendung. Das Gesetz gibt dem Finder aber auch die Möglichkeit, sich seines Rechtes zum Erwerb des Eigentums ohne Übertragung durch einseitigen Verzicht zu entschlagen. Es läßt den Verzicht durch Erklärung gegenüber der Polizeibehörde wirksam werden und knüpft an ihn die Rechtsfolge des Erwerbs durch die Fundortgemeinde. Dieser Verzicht ist ein Rechtsgeschäft, aber kein Vertrag. Die Gemeinde ist nur an den Verzichtsfolgen, nicht aber an dem Verzichtsgeschäfte beteiligt. Die Gemeinde erhält daraus nur Rechte, nicht Pflichten.

Der Finder kann sich beim Verzichte seine Ansprüche auf Finderlohn und Ersatz von Aufwendungen vorbehalten; er setzt damit das Erlangen der für Finderlohn und Aufwendungen erhobenen Ansprüche zur Bedingung des Verzichts. Eine Verpflichtung der Gemeinde entsteht daraus nicht. Daraus, daß sie in Kenntnis des Vorbehalts die Sache übernimmt, kann (muß aber nicht) zu schließen sein, daß sie sich zur Befriedigung jener Ansprüche verbindlich macht.

Infolge des wirksamen Verzichts tritt die Gemeinde hinsichtlich des Rechtes auf Erwerb des Eigentums, so wie es im Augenblicke des Verzichts besteht, an die Stelle des Finders. Hinsichtlich der Ansprüche auf Finderlohn und Ersatz von Aufwendungen des Finders ist nicht das gleiche der Fall. Diese Ansprüche müßten besonders, im Vertragswege, abgetreten werden. Für Aufwendungen, die die Gemeinde selbst nach dem Erwerbe durch den Verzicht des Finders gemacht hat, wenn sie die Sache in ihre Verwahrung übernahm, kann auch sie Ersatz beanspruchen.

Ob die Fundsache mehr oder weniger als 3 RM. wert und ob sie an die Polizei abgeliefert ist oder nicht, kommt für die Anwendung des Abs 1 nicht in Betracht.

2. **Verfall vom Finder erworbener, aber bei der Polizei nicht abgeholter Fundsachen.**

Auch dieser Eigentumserwerb ist zwar Eigentumsübergang, aber nicht Eigentumsübertragung. Ein Rechtsgeschäft liegt dem Übergang überhaupt nicht zugrunde. In dem unbenutzten Verstreichenlassen der Frist durch den Finder ist weder ein Rechtsgeschäft noch eine Rechtshandlung zu erblicken.

Der Erwerb des Eigentums durch die Gemeinde hat den vorherigen Erwerb durch den Finder auf Grund der §§ 973, 974 zur Voraussetzung. Ist dieser dadurch gehindert, daß dem Finder vor Ablauf des Wartejahrs ein Empfangsberechtigter bekannt geworden ist, so vollzieht sich auch der Erwerb der Gemeinde nicht. Der Eigentumserwerb der Gemeinde vollzieht sich im Augenblicke des Fristablaufs ohne weiteres. Besitzergreifung ist nicht erforderlich. Wie die Frist für das Verlangen der Herausgabe zu bestimmen und die Aufforderung zu erlassen ist, ergibt das Landesrecht. Aufforderung durch öffentliche Bekanntmachung ist nicht ausgeschlossen. Gerichtlicher Nachprüfung unterliegt das polizeiliche Verfahren nicht. — Im Falle des Abs 2 kann der Finder Finderlohn und Aufwendungsersatz von der Gemeinde nicht verlangen.

§ 977

Wer infolge der Vorschriften der §§ 973, 974, 976 einen Rechtsverlust erleidet, kann in den Fällen der §§ 973, 974 von dem Finder, in den Fällen des § 976 von der Gemeinde des Fundorts die Herausgabe des durch die Rechtsänderung Erlangten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern [1]). Der Anspruch erlischt mit dem Ablaufe von drei Jahren nach dem Übergange des Eigentums auf den Finder oder die Gemeinde, wenn nicht die gerichtliche Geltendmachung vorher erfolgt [2]).

E I 922, 923 II 892; M 3 386; P 3 272.

1. **Bereicherungsansprüche.** Durch die Bestimmungen über den Eigentumswechsel beim Funde ist nur die Eigentumsfrage geregelt, nicht auch die Frage einer Verschiebung von Vermögenswerten. § 977 stellt klar, daß eine solche in der Regel nicht stattfinden, der Verlust des Eigentums und der dinglichen Rechte vielmehr ausgeglichen werden soll. Dabei bedeutet die Verweisung auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, daß die Voraussetzungen des § 812 Abs 1 gegeben sein müssen, wenn ein Anspruch nach § 977 entstehen soll. Dieser zeigt die Besonderheit, daß für ihn nicht die Verjährungsfrist von 30 Jahren, sondern eine Ausschlußfrist von 3 Jahren gilt. Über die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen vgl. A 3 zu § 951. — Der Bereicherungsanspruch geht auf Herausgabe des Erlangten, also wenn die Sache beim Beklagten noch vorhanden ist, der Regel nach auf Herausgabe der Fundsache in Natur, andernfalls auf Ersatz in Geld. Nur die wirkliche, d. h. reine Bereicherung ist herauszugeben. Die Ansprüche auf Ersatz der Aufwendungen und auf Finderlohn sind also, weil sie durch die Bereicherungstatsache, den Eigentumserwerb, erloschen, ausgleichungsweise dem Bereicherungsanspruche wieder gegenüberzustellen (Gegenbereicherungsanspruch). Wird die Herausgabe der Sache in Natur beansprucht und besteht die Sache nicht selbst in Geld, so daß ein Abzug nicht möglich ist, so kann nach §§ 273 ff. zugunsten des Anspruchs auf Finderlohn und Ersatz der Aufwendungen das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden.

Ob die **Erstreckung des Bereicherungsanspruchs auf den Fall des Verlustes des Eigentums durch Einlösungsverweigerung** (§ 974) auf einem Redaktionsversehen beruht, d. h. auf einem Versehen bei der Feststellung der Vorentwürfe, kann dahingestellt bleiben. Denn der Gesetzeswortlaut ist so klar, daß über das erlassene Gesetz kein Zweifel sein kann; das Ergebnis enthält zwar in manchen Fällen keinen Fortschritt, weil die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts für die wiederauflebenden Finderlohn- und Verwendungsansprüche die Sache nahezu völlig auf den alten Standpunkt stellt, aber es ist doch nicht unmöglich und ungerecht. Unter diesen Umständen kann auch einem Versehen bei Vorarbeiten gegenüber dem Gesetzeswortlaut keine Bedeutung beigemessen werden. — Im Falle des § 976 Abs 2 kann der Finder keinen Ersatz beanspruchen, nur der bisherige Eigentümer hat das Recht dazu.

2. Die dreijährige Frist ist **Ausschlußfrist, nicht Verjährungsfrist.** Die Anerkennung steht der gerichtlichen Geltendmachung (Klage, Zahlungsbefehl) nicht gleich. Ob eine Anerkennungserklärung eine selbständige Verpflichtungserklärung enthält, ist Tatfrage. Enthält sie sie, so liegt nicht ein Bereicherungsanspruch, sondern möglicherweise ein Anspruch aus vertraglicher Verpflichtung vor.

§ 978

[1]) **Wer eine Sache [2]) in den Geschäftsräumen [3]) oder den Beförderungsmitteln [4]) einer öffentlichen Behörde [5]) oder einer dem öffentlichen Verkehre**

dienenden Verkehrsanstalt [6]) findet [7]) und an sich nimmt [8]), hat die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder an einen ihrer Angestellten abzuliefern. Die Vorschriften der §§ 965 bis 977 finden keine Anwendung.

E I 924 II 893; M 3 387, 388; P 3 273.

1. **Fund im Bereich von Behörden und Verkehrsanstalten.** Die Vorschriften umfassen innerhalb des örtlichen Bereichs, für den sie bestimmt sind, nicht nur die Fälle des eigentlichen Fundes im Sinne der §§ 965ff., sondern auch die Fälle des Auffindens nicht verlorener Sachen. Das allgemeine Fundrecht ist aber auch in den Fällen der ersteren Art ausgeschlossen und ersetzt durch die §§ 978—982, deren Grundgedanken dahin gehen, daß nur Finderpflichten, keine Finderrechte bestehen sollen.

2. **Sache:** nicht ihm gehörige, bewegliche Sache. Wer seine eigene Sache wiederfindet, ist niemals zur Ablieferung verpflichtet. Aber auch Diener, Angehörige des Eigentümers oder Verlierers, die diesem entfallene Sachen finden, haben nicht die Pflicht, sie nach § 978 abzuliefern, sondern können sie unmittelbar dem Eigentümer oder Verlierer zurückgeben. Auch herrenlose Sachen sind abzuliefern, nicht aber offensichtlich völlig wertlose.

3. **Geschäftsräume.** Es brauchen nicht überbaute Räume, Gebäude zu sein. Auch Höfe und sonstige freie Räume, z. B. auch ganze Bahnhofsflächen können dazu gehören. Nicht zu den Geschäftsräumen dagegen werden zu rechnen sein die Bahndämme oder freien Strecken. Die Räume brauchen auch nicht den Geschäften zu dienen; Hilfsräume jeder Art sind dazu zu zählen.

4. **Beförderungsmittel:** nicht nur der Verkehrsanstalten, sondern auch der öffentlichen Behörden. Daß die Sachen in den Beförderungsmitteln gefunden werden müssen, ist nicht streng zu nehmen. Auch die auf dem Verdeck eines Postwagens gefundenen Sachen gehören dazu.

5. **Öffentliche Behörde.** Welche Stellen öffentliche Behörden sind, ist nach Staatsrecht zu entscheiden, und zwar nach Reichsrecht, insoweit dem Reich unmittelbar unterstehende Stellen in Frage kommen, im übrigen nach Landesrecht. Öffentliche Behörden werden vor allem Reichs-, Staats- und Kommunalbehörden sein, aber auch die Behörden sonstiger staatsrechtlich anerkannter öffentlicher Verbände, z. B. der Schulverbände.

6. **Dem öffentlichen Verkehr dienende Verkehrsanstalt:** Verkehrsanstalt ist Anstalt zur Beförderung von Personen oder Sachen zu Wasser, zu Lande oder in der Luft, vorab Eisenbahn und Post (Recht 1913, 396). Nicht dazu gehören Anstalten, die dem Verkehr im weiteren Sinne dienen, z. B. Gasthöfe, Schauburgen, Banken, Warenhäuser (OLG 41, 160 A 1; jetzt auch RG 108, 260; a. M. PrOVG JW 1918, 67). Die Anstalt muß dem öffentlichen Verkehr, d. h. dem Verkehr des Publikums, dienen. Eine innerhalb eines industriellen Werkes lediglich zu dessen Zwecken dienende Verkehrsanstalt gehört nicht hierher. Im übrigen ist es ohne Belang, ob die Anstalt von Reich, Staat, Gemeinde oder sonstigem öffentlichen Zweckverband oder von Privaten betrieben wird. Dagegen ist ein gewisser größerer Umfang der Betriebseinrichtungen nötig. Vereinzelte Mietfuhre genügt nicht. Ein Unternehmer, der nur eine oder mehrere Droschken verwendet, hat keine Verkehrsanstalt. Dem Begriff der „Anstalt" ist ein größerer Umfang und eine besondere Gliederung wesentlich.

7. **Findet.** Von Finden kann nur die Rede sein, wenn die Sache sich äußerlich in der Lage einer verlorenen befindet. Wer sieht, wie eine Sache dem Besitzer entgleitet und sie aufhebt, „findet" sie nicht. Er hat sie also dem Besitzer zurückzugeben. Hat er jedoch Zweifel, wer der Besitzer ist oder kann er sie dem Besitzer nicht sofort zurückgeben, so hat er sie als gefunden abzuliefern.

8. **An sich nimmt:** Eine Pflicht, solche Sachen an sich zu nehmen, besteht nach BGB nicht. Sie kann dienstrechtlich für Angestellte der Behörde oder Verkehrsanstalt bestehen. Ihre Verletzung kann dann Amtspflichtverletzung sein und haftpflichtig machen. Durch die „Ansichnahme" überkommt der Finder die Pflicht zur Ablieferung und nur diese. Er hat keine Pflicht, nach dem Verlierer zu forschen, Anzeige zu erstatten oder die Umstände des Fundes mitzuteilen. Man wird mangels einer besonderen Bestimmung auch für diesen Finder annehmen müssen, daß er, abgesehen von der Unverzüglichkeit der Ablieferung, die ihm durch § 978 selbst auferlegt ist, bei der Erfüllung seiner Ablieferungspflicht nicht strenger haftet als der Finder im Sinne der §§ 965ff., nämlich nicht für mehr als Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Ansprüche auf **Finderlohn** stehen ihm nicht zu, den Ersatz etwaiger Aufwendungen kann er nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen.

§ 979

Die Behörde oder die Verkehrsanstalt kann die an sie abgelieferte Sache öffentlich versteigern lassen. Die öffentlichen Behörden und die Verkehrs-

anstalten des Reichs, der Bundesstaaten und der Gemeinden können die Versteigerung durch einen ihrer Beamten vornehmen lassen [1] [2].

Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

E I 925, 926 II 894; M 3 388, 389; P 3 273.

1. **Versteigerungsbefugnis der Behörde:** Das Gesetz legt der Behörde oder Anstalt keine Verwahrungspflicht auf, setzt die Verwahrung aber, wie sich aus §§ 978, 980 unzweifelhaft ergibt, für die Zeit bis zur Versteigerung als selbstverständlich voraus. Es legt auch keine Versteigerungspflicht auf, oder doch nur mittelbar, weil die Sache nur durch Versteigerung verwertet werden darf und ein Eigentumserwerb der Behörde oder Verkehrsanstalt nicht vorgesehen ist. Das Versteigerungsrecht wird dahin bestimmt, daß den öffentlichen Behörden und den Verkehrsanstalten des Reiches, des Staates und der Gemeinden außer dem Rechte, die öffentliche Versteigerung nach § 383 Abs 3 vornehmen zu lassen, auch das Recht der Versteigerung durch ihre Beamten zustehen soll, den übrigen Behörden und Verkehrsanstalten aber nur das Recht der öffentlichen Versteigerung nach § 383 Abs 3. Die Einhaltung dieser Versteigerungsarten ist entscheidend für die Rechtswirkung der Versteigerung.

Geld ist natürlich nicht zu versteigern, ebenso Banknoten und Kassenscheine. Wertpapiere sind nur dann zu versteigern, wenn sie keinen Börsen- und Marktpreis haben, sonst vom Gerichtsvollzieher oder berufenen Beamten zum Tageskurse zu verkaufen (vgl. BGB § 981 Abs 2 Satz 2; ZPO § 281; Prot 3, 273).

Weitere Bestimmungen für die Versteigerung sind in § 980 getroffen, in § 981 dem Verordnungswege vorbehalten.

2. Die **Deutsche Reichsbahngesellschaft** ist als Verkehrsanstalt des Reiches im Sinne von § 979 anzusehen, vgl. §§ 5 Abs 4, 17 und 43 des Reichsbahngesetzes v. 30. 8. 24 (RGBl II 272) und dazu **RG** 109, 90.

§ 980

Die Versteigerung ist erst zulässig [1], nachdem die Empfangsberechtigten [2] in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte unter Bestimmung einer Frist aufgefordert worden sind und die Frist verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn eine Anmeldung rechtzeitig erfolgt ist [3].

Die Bekanntmachung ist nicht erforderlich, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

E I 925 II 894; M 3 388, 389; P 3 273.

1. **Voraussetzung der Zulässigkeit der Versteigerung** ist öffentliche Aufforderung zur Anmeldung nach den Vorschriften des § 980 Abs 1, § 982 und erfolgloser Ablauf der Anmeldungsfrist. Die Folge des fruchtlosen Ablaufs der Anmeldungsfrist ist aber keine Rechtsverwirkung auf seiten des Empfangsberechtigten, kein Eigentumserwerb auf der andern Seite, sondern nur das Zulässigwerden der Versteigerung.

2. **Empfangsberechtigte:** § 965 A 3.

3. **Die Folge der Unzulässigkeit der Versteigerung** ist einerseits der Mangel der Ermächtigung, durch die Versteigerung Eigentum zu übertragen, anderseits die Schadensersatzpflichtigkeit der Zuwiderhandelnden gegenüber dem Empfangsberechtigten. Die erstere Folge wird sich allerdings infolge gutgläubigen Erwerbs auf seiten des Ansteigerers in der Regel nicht fühlbar machen (§§ 932, 935). Vgl. § 966 A 2.

§ 981

Sind seit dem Ablaufe der in der öffentlichen Bekanntmachung bestimmten Frist drei Jahre verstrichen, so fällt der Versteigerungserlös, wenn nicht ein Empfangsberechtigter sein Recht angemeldet hat, bei Reichsbehörden und Reichsanstalten an den Reichsfiskus, bei Landesbehörden und Landesanstalten an den Fiskus des Bundesstaats, bei Gemeindebehörden und Gemeindeanstalten an die Gemeinde, bei Verkehrsanstalten, die von einer Privatperson betrieben werden, an diese [1].

Ist die Versteigerung ohne die öffentliche Bekanntmachung erfolgt [2], so beginnt die dreijährige Frist erst, nachdem die Empfangsberechtigten in einer

öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte aufgefordert worden sind. Das gleiche gilt, wenn gefundenes Geld abgeliefert worden ist [3]**.**

Die Kosten werden von dem herauszugebenden Betrag abgezogen [4]**.**

E I 926 II 895; M 3 389; P 3 273.

1. **Verfall des Versteigerungserlöses.** Die Verfallfrist, die schon vor der Versteigerung beginnt, ist Ausschlußfrist. Zum Ausschlusse des Verfalls des Erlöses genügt die Anmeldung des Berechtigten, gerichtlicher Geltendmachung bedarf es nicht, auch dann nicht, wenn es sich um eine von einer Privatperson betriebene Verkehrsanstalt handelt. Der Anspruch auf den Erlös verjährt aber dann nach den allgemeinen Regeln über die Anspruchsverjährung. Die Verjährung beginnt mit der Versteigerung und wird durch die Anmeldung allein nicht unterbrochen.

2. **Besonderes Aufgebot der Empfangsberechtigten.** Die Vorschrift hat den Fall des § 980 Abs 2 im Auge, ist aber auch anzuwenden, wenn entgegen § 980 Abs 1 die Versteigerung pflichtwidrig ohne vorherige Bekanntmachung vorgenommen ist. Die Bestimmung einer **Anmeldungsfrist** ist hierbei nicht erforderlich, aber auch nicht zulässig. Sie deckt sich mit der dreijährigen Verfallfrist.

3. **Geld:** ist im weiten Sinne zu verstehen und umfaßt alles, was üblicherweise als Geld behandelt wird, auch ausländisches Geld.

4. **Kostenabzug:** mangels einer Beschränkung: alle Kosten, also die der Verwahrung, Bekanntmachung und Versteigerung. Herauszugeben ist der Reinerlös. — Ob ein **Bereicherungsanspruch** des einen Rechtsverlust Erleidenden anzuerkennen ist, kann hier nicht erörtert werden, vgl. indessen § 951 A 1.

§ 982

Die in den §§ 980, 981 vorgeschriebene Bekanntmachung erfolgt bei Reichsbehörden und Reichsanstalten nach den von dem Bundesrat, in den übrigen Fällen nach den von der Zentralbehörde des Bundesstaats erlassenen Vorschriften [1]**.**

E I 925 II 896; M 3 388, 389; P 3 273.

1. **Ausführungsvorschriften zu den §§ 980, 981.** An die Stelle des Bundesrats ist nach Maßgabe des Art 179 Abs 2 RVerf die Reichsregierung getreten. Nachdem inzwischen der Reichsrat aufgehoben ist, bedarf sie dessen Zustimmung nicht mehr, vgl. §§ 1, 2 Ges v. 14. 2. 34 (RGBl I 89). — Die Ermächtigung des § 982 erstreckt sich auf den Erlaß von Rechtsvorschriften, und solche sind auch erlassen worden, vom Reich unter dem 16. 6. 98 (RGBl 912).

§ 983

Ist eine öffentliche Behörde im Besitz einer Sache, zu deren Herausgabe sie verpflichtet ist, ohne daß die Verpflichtung auf Vertrag beruht, so finden, wenn der Behörde der Empfangsberechtigte oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, die Vorschriften der §§ 979 bis 982 entsprechende Anwendung [1]**.**

E I 927 II 897; M 3 389, 390; P 3 273.

1. **Behandlung im Behördenbesitz befindlicher unanbringbarer Sachen.** Die Fälle, daß private Sachen, die sich im Besitze öffentlicher Behörden befinden, dem Berechtigten nicht zurückgegeben werden können, weil er unbekannt oder unauffindbar ist, sind nicht selten. Dahin gehören insbesondere unanbringbare Postsendungen und hinterlegte Beträge und ähnliche Fälle, in denen die Behörde auf Grund Vertrags besitzt und zurückzugeben hat, sodann die Fälle, in denen zu Sachen, die in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln der Behörde gefunden sind, der Empfangsberechtigte nicht gefunden werden kann. Mit diesen beiden Arten von Fällen beschäftigt sich § 983 nicht; denn die letztgenannte Art ist durch §§ 978 bis 982 geregelt, die erstgenannte hat teils anderweite Vorsorge gefunden, teils besteht für eine solche Vorsorge kein Bedürfnis. § 983 regelt eine dritte Klasse solcher Fälle, in denen die Herausgabepflicht weder auf Vertrag beruht noch Fundsachen der im § 978 bezeichneten Art betrifft. So insbesondere die Fälle, in denen bei der Polizeibehörde lagernde gewöhnliche Fundsachen, zu denen ein Empfangsberechtigter nicht ermittelt wurde, keinen Herrn finden, weil auch der Finder schon vor Setzung der im § 976 erwähnten Frist nicht mehr auffindbar war, und die Fälle der Unanbringbarkeit von Überführungsstücken, insbesondere gestohlener Sachen, deren Eigentümer nicht ermittelt werden konnte. Auf alle diese Fälle werden schlechthin die Vorschriften der §§ 979—982 für entsprechend anwendbar erklärt. Die Bestimmung ist beschränkt auf die im Besitz öffentlicher Behörden befindlichen unanbringbaren

Sachen. Privatpersonen kommen die Vorschriften nicht zugute; diese haben, wenn sie sich der unanbringbaren Sachen, zu deren Herausgabe sie verpflichtet sind, entledigen wollen, nach §§ 372 ff. zu verfahren.

§ 984

Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz) [1]), entdeckt und infolge der Entdeckung [2]) in Besitz genommen [3]), so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache [4]) erworben, in welcher der Schatz verborgen war [5]).

E I 928 II 898; M 3 390, 391; P 3 273, 274.

1. Begriffsmerkmale des Schatzes: Bewegliche Sache: Bauwerke gehören dazu nicht, z. B. nicht der Mosaikfußboden eines aufgegrabenen Hauses aus der Vorzeit, wenn die feste Verbindung mit dem Grund und Boden bei der Entdeckung noch besteht. Nicht dazu gehören ferner natürliche Bestandteile des Grund und Bodens, wie Erze, Mineralien, im Boden gewachsene Edelsteine oder Halbedelsteine u. dgl. Daß die Sache wertvoll ist, ist nicht erforderlich. Verborgene Sache, d. h. bis zur Entdeckung verborgene. Eine Verbergungstätigkeit eines Menschen ist nicht notwendig. Auch verschüttete oder versunkene Sachen liegen im Sinne des § 984 verborgen. Die Sache kann in einem Grundstück, aber auch in einer andern, beweglichen Sache verborgen sein, z. B. in einem Geheimfach eines alten Schrankes versteckt, in alten Kleidern eingenäht. Der Eigentümer muß unermittelbar sein, und zwar infolge langer Verborgenheit der Sache. Ergibt sich der Eigentümer aus den Umständen (Inschrift, Siegel, auch der Verwahrungsort kann den Eigentümer anzeigen), so liegt kein Schatz, unter Umständen nicht einmal ein Fund im Sinne des Gesetzes vor. Ist der Eigentümer aus andern Gründen unermittelbar, z. B. wegen bestehenden Erbschaftsstreits, so liegt auch Schatz nicht vor. Wie lange Zeit verstrichen sein muß, um Unermittelbarkeit infolge langer Verborgenheit anzunehmen, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles ermessen werden. Es können in einem Falle wenige Jahre genügen, in einem andern viele Jahrzehnte unzureichend sein.

2. Entdeckung. Ob die Entdeckung Spiel des Zufalls oder Ergebnis planmäßiger Forschung ist, begründet keinen Unterschied, kann aber unter Umständen für die Frage von Bedeutung werden, wer Entdecker ist. Entdecker ist nicht stets der, der eigenhändig den Schatz bloßlegt, mit eigenen Augen ihn zuerst sieht. Wer durch Diener, Arbeiter oder sonstige unselbständige Gehilfen nach einem Schatze oder nach Schätzen graben läßt, ist Entdecker der Schätze, die dabei bloßgelegt werden, auch wenn er persönlich dabei nicht mitgewirkt, ja den Schatz niemals selbst gesehen hat; die übrigen sind nur seine Werkzeuge (vgl. **RG** 70, 308).

3. Inbesitznahme: Die Entdeckung für sich allein bewirkt nicht den Eigentumserwerb am Schatz. Es muß die Inbesitznahme auf Grund der Entdeckung hinzutreten. Aber wenn auch die Inbesitznahme Voraussetzung des Eigentumserwerbs am Schatze ist, so ist doch nicht erforderlich, daß der Erwerber den Schatz in Besitz nimmt. Es genügt Inbesitznahme durch irgend jemand infolge der Entdeckung. Wer den Entdecker belauscht und auf Grund der dadurch gewonnenen Kenntnis von dem Schatze heimlich Besitz nimmt, bewirkt allerdings den Eigentumserwerb am Schatze, aber wider seinen Willen nicht für sich, sondern für den Entdecker. Anders beim Fall der Nachentdeckung. Der erste Entdecker, der die Besitzergreifung versäumt hat, muß dem weichen, der später unabhängig von ihm den noch verborgenen Schatz ebenfalls entdeckt und in Besitz nimmt.

4. Hälfteanteil des Eigentümers: Auch der Eigentümer der Sache, in der der Schatz verborgen war, erwirbt das Miteigentum unter Umständen, ohne selbst Besitzer zu werden, auf Grund der Inbesitznahme des andern. Der Entdecker wird vom Gesetz nicht verpflichtet, dem Eigentümer das Auffinden des Schatzes anzuzeigen. Den Eigentümer schützen §§ 809 ff., 260 f. Nur dem Eigentümer ist vom Gesetze der Hälfteanteil zugesprochen; das Recht des Nießbrauchers einer Sache erstreckt sich auf den Schatz nicht, der darin gefunden wird (§ 1040). Das dem Eigentümer nach § 984 zustehende Schatzanteilsrecht ist kein besonderes, mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenes subjektivdingliches Recht. — Der Grundstückseigentümer kann wohl die persönliche Verbindlichkeit übernehmen, seinen Anteil an einem Schatze, der auf seinem Grundstück entdeckt werden sollte, einem Dritten zu übertragen, aber er kann diese, auf Verschaffung einer beweglichen Sache gerichtete Verbindlichkeit nicht durch Vormerkung im Grundbuche sichern lassen (RJA 3, 136). Dagegen ist eine Sicherungshypothek für den etwaigen Ersatzanspruch zulässig (KGJ 24 A 244). Für eine Abrede, nach der der Grundstücksverkäufer an einem nach der Übereignung entdeckten Schatz beteiligt sein soll, ist gerichtliche oder notarielle Form erforderlich, und zwar nach § 313, wenn die Abrede Teil des Kaufvertrags ist, andernfalls nach § 518 (**RG** 13. 12. 26 V 63/26).

5. **Schatzregal** des Staates. Ein solches kann landesrechtlich auf Grund des Art 73 EG bestehen. Reichsrechtlich besteht keine derartige Beschränkung. Auch landesrechtliche Bestimmungen über geschichtliche oder vorgeschichtliche Funde, die nach Art 109 EG zulässig sind, können eine Schatz betreffen.

Vierter Titel

Ansprüche aus dem Eigentume

1. Der vierte Titel behandelt unter der Überschrift **„Ansprüche aus dem Eigentume"** vor allem den Herausgabeanspruch bei Vorenthaltung des Besitzes (Vindikation, vgl. §§ 985 bis 1003; Einteilung des Stoffes: §§ 985, 986 Allgemeines, §§ 987—993 Nebenrechte des Eigentümers auf Nutzungen und Schadensersatz, §§ 994—1003 Gegenrechte des Besitzers wegen Verwendungen) und den bei sonstigen Beeinträchtigungen gegebenen Eigentumsfreiheitsanspruch (Negatoria, § 1004). Auf beide Ansprüche beziehen sich die in § 1006 aufgestellten Vermutungen für das Bestehen des Eigentums an einer beweglichen Sache, die an den gegenwärtigen oder den früheren Besitz anknüpfen. Hinzukommt der Abholungsanspruch des Eigentümers (§ 1005). Der § 1007 (Anspruch wegen verlorener Fahrnis) ist nur aus äußerlichen Gründen an dieser Stelle aufgenommen und gehört inhaltlich in den Abschnitt über Besitz. — Alle diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung in den Fällen der §§ 1017 (Erbbaurecht; vgl. dazu auch EG Artt 63, 68), 1065 (Nießbrauch), 1227 (Pfandrecht), die Vorschriften des § 1004 auch in den Fällen der §§ 1027 (Grunddienstbarkeit) und 1090 (beschränkte persönliche Dienstbarkeit). Wegen des Miteigentümers vgl. § 1011 A 1, § 985 A 1, § 1004 A 2, § 1007 A 1. — Neben dem juristischen auch ein wirtschaftliches Eigentum anzuerkennen, ist an sich bedenklich. Jedenfalls ist wirtschaftliches nicht juristisches Eigentum und darf ihm — namentlich bei Anwendung von Ausnahmevorschriften — nicht gleichgestellt werden (**RG** 29. 1. 26 VI 292/25).

2. Außer den erwähnten Ansprüchen dienen zum Schutze des Eigentums auch **andere Rechtsbehelfe**, z. B. der grundbücherliche Berichtigungsanspruch (§§ 894 ff.), der Vorlegungsanspruch (§§ 809 ff.), die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff.) oder unerlaubter Handlung (§§ 823 ff.) die Widerspruchsklage der ZPO § 771, die Klage gegen den betreibenden Gläubiger auf Bewilligung der Herausgabe durch den Zwangsverwalter (**RG** 92, 18). Von Bedeutung ist nach ZPO §§ 256, 280 auch die Klage auf Feststellung des Eigentums (vgl. **RG** Gruch 33, 1147; JW 02, 68 = Beil 179). Da die Vindikation und der negatorische Anspruch nach §§ 985, 1004 nur auf Herausgabe der Sache oder auf Beseitigung der begangenen und Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen gerichtet sind, nach ZPO § 322 nur hierüber rechtskräftig entschieden wird, den Prozeßgegenstand bei diesen Klagen also nur der einzelne Eigentumsanspruch, nicht das Eigentum selbst bildet, bleibt neben diesen beiden Leistungsansprüchen noch Raum für das nach ZPO § 256 erforderliche Feststellungsinteresse. Weder die Möglichkeit der Vindikation noch deren tatsächliche Erhebung schließt die Feststellungsklage notwendig aus. Diese kann selbständig angestellt oder auch mit der Vindikation verbunden werden, vorausgesetzt nur, daß ein Interesse an ihr im Einzelfall wirklich vorhanden ist, was freilich nicht schon um der Bestreitung des Eigentums willen angenommen werden muß (vgl. **RG** JW 04, 413[27]; **RG** 16. 3. 12 V 456/11; SeuffA 72 Nr 191). — Der Gerichtsstand der belegenen (unbeweglichen) Sache ist trotz des Wortlauts des § 24 ZPO („Klagen, durch welche das Eigentum . . . geltend gemacht wird") nicht nur für die Eigentumsfeststellungsklage (**RG** 13, 386), sondern auch für die Ansprüche nach §§ 985 und 1004 gegeben (vgl. **RG** 36, 237; 51, 233). Wegen der **Ansprüche auf Nutzungen und Schadensersatz** vgl. § 987 A 1.

§ 985

Der Eigentümer [1]) kann von dem Besitzer [2]) die Herausgabe [3]) der Sache [4]) verlangen [5]) [6]).

E I 929 II 899; M 3 396—400; P 3 328—334; 4 585; 6 236, 237.

1. Anspruchsberechtigt ist der **Eigentümer** der Sache, mag er Alleineigentümer oder Miteigentümer sein. Dem Miteigentümer steht ebensowohl die partis vindicatio auf Übertragung des Mitbesitzes wie nach §§ 1011, 432 der Anspruch auf Herausgabe der ganzen Sache an alle Miteigentümer zu; weigert einer der übrigen Miteigentümer die Annahme, so hilft dem Kläger das Recht auf Hinterlegung für alle oder auf Ablieferung an den gerichtlich bestellten Verwahrer. Berechtigt zur Vindikation sind ferner der nichtbesitzende Eigentümer und derjenige, der mittelbarer Besitzer ist. Es macht auch keinen Unterschied, ob der Eigentümer allein auf den Eigentumsanspruch angewiesen ist oder ob er daneben noch einen Anspruch aus unerlaubter Handlung oder aus einem Vertragsverhältnis (Miete, Verwahrung usw.) gegen den Besitzer hat. Vindikation

und schuldrechtliche Rückforderung konkurrieren miteinander; der dingliche Anspruch setzt auf der einen Seite Eigentum, auf der andern Besitz voraus, während der obligatorische aus der unerlaubten Handlung oder dem Vertragsschluß entspringt. Wird die allein auf Vermietung gestützte Klage wegen Verneinung des Mietverhältnisses abgewiesen, so kann immer noch die Eigentumsklage erhoben werden und umgekehrt. Ein Verkäufer kann Herausgabe des noch auf seinen Namen eingetragenen Grundstücks nach § 985 auch dann noch fordern, wenn er nach Ablauf einer gemäß § 326 gesetzten Notfrist Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat, denn der Käufer hat kein Besitzrecht mehr und die Einrede aus § 986 entfällt; nur als Schadensersatz darf der Verkäufer die Herausgabe dann nicht verlangen, da dieser Anspruch nur auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sein könnte (RG 127, 248; 141, 259ff., 144, 62ff., SeuffA 85 Nr 109; Warn 1931 Nr 219). Wird das Grundstück herausgegeben, so mindert sich der Schadensersatzanspruch des Verkäufers; die Möglichkeit einer Steigerung des Verkäuflichkeitswertes ist mit zu berücksichtigen (RG 141, 259ff.). Hat der Verkäufer in dem Wert der herausgegebenen Sache und den auf den Kaufpreis erhaltenen Zahlungen mehr bekommen, als sein Schadensersatzanspruch beträgt, so muß er den Überschuß als ungerechtfertigte Bereicherung herauszahlen (RG 144, 62ff.). Die zuletzt genannte Entscheidung betrifft bewegliche Sachen und einen Fall des § 455, in welchem der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern konnte. Wegen des dann dem Beklagten zustehenden Zurückbehaltungsrechts vgl. A 1 zu § 1000. — Eine Abtretung des Eigentumsanspruchs derart, daß der Eigentümer in Zukunft anspruchs- und schutzlos bliebe, ist nicht möglich; in dem Urteil RG 136, 424, wo die Frage nicht entschieden zu werden brauchte, wird das für sehr zweifelhaft erklärt. Zulässig bleibt die Ermächtigung des A an den B, im eigenen Namen auf Leistung an den A zu klagen. So lag die Sache aaO. Dagegen erkennt § 931 die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 985 als das Mittel an, um zusammen mit dem Einigsein über den Eigentumsübergang das Eigentum an einer beweglichen Sache zu übertragen, die sich im Besitz eines Dritten befindet, vgl. A 5 zu § 931.

2. Da der Besitz des Beklagten die Voraussetzung des Anspruchs ist (RG 8. 4. 24 VII 253/23), so richtet sich der Anspruch nur gegen den **Besitzer** der Sache. Der dingliche Herausgabeanspruch ist erloschen, wenn der Beklagte schon vor der Klageerhebung den Besitz verloren hat. An die Stelle der an sich herauszugebenden Sache tritt dann nicht deren Wert. Die Ersatzansprüche sind rein schuldrechtlicher Art, der Besitzverlust als solcher schafft keinerlei dingliche Beziehungen. Ob persönliche entstehen, richtet sich nach andern Gesichtspunkten, namentlich nach §§ 987 ff. (RG 143, 376). — Der Besitzdiener ist nicht Besitzer und kann deshalb nach § 985 nicht verklagt werden. Der Besitzer kann Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer sein. Nicht vorausgesetzt wird, was aus der Fassung des § 1004 gefolgert werden könnte, daß er den Besitz dem Kläger entzogen haben oder vorenthalten müßte. Auch der Mitbesitzer ist Anspruchsgegner, wenn er (z. B. als besitzender Miterbe) die tatsächliche Verfügungsgewalt hat (vgl. RG Warn 1918 Nr 57; RG 7. 2. 06 V 323/05); er hat dem Kläger den Mitbesitz einzuräumen. Ist der Besitz nach § 857 auf Erben übergegangen, zu denen auch der klagende Eigentümer gehört, so genügt zur Erwirkung der Herausgabe der Sache ein gegen die übrigen Erben ergangenes Urteil. — Die frühere Streitfrage, ob die Klage nur gegen den unmittelbaren oder auch gegen den mittelbaren Besitzer geht, ist im letzteren Sinne erledigt. Das Gesetz (§ 985 mit § 868) macht keine Ausnahme; vgl. auch den § 991 Abs 1, der nur so verstanden werden kann. Praktisch ist die Klage gegen den mittelbaren Besitzer ganz unentbehrlich; sie ist daher von der Rechtsprechung auch nie in Zweifel gezogen worden (vgl. z. B. RG 105, 21; RG JW 1910, 111[10]; RG Recht 1918 Nr 242; OLG 5, 154; 31, 325). Über Antrag und Urteil vgl. A 3. Daß gerade der mittelbare Besitzer der eigentliche Gegner des Vindikanten ist, äußert sich prozessual in der Benennung des Urhebers (vgl. ZPO § 76). Wurde der vermittelnde Besitz erst nach der Rechtshängigkeit begründet, so kommt dem gegen den mittelbaren Besitzer ergangenen Urteil Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auch gegen den unmittelbaren zu (vgl. ZPO § 325 Abs 1, § 727). Dagegen wirkt die Verurteilung des unmittelbaren nicht gegen den mittelbaren, dem jener die Sache nach Prozeßbeginn zurückgegeben hat. Um einer Schädigung des Klägers, die hieraus erwachsen könnte, vorzubeugen, bedarf es einer einstweiligen Verfügung, die die Sequestration anordnet (ZPO §§ 935, 938). — Der auf Grund des Eigentums erhobene Herausgabeanspruch bleibt zufolge der eingetretenen Rechtshängigkeit in seiner persönlichen Richtung von dem etwaigen Untergang des Eigentums des Klägers unberührt (RG 56, 244; 25. 3. 24 VII 227/23); § 265 Abs 3 ZPO erkennt diese Regel an. Auch eine Veräußerung der Sache durch den Beklagten nach dem Prozeßbeginn hat auf den Prozeß an sich keinen Einfluß, doch darf zur Herausgabe nur verurteilt werden, wenn der Besitz des Beklagten fortdauert, denn sein Besitz ist die materielle Voraussetzung der Verurteilung (RG 115, 33); nicht anwendbar ist hier also der RG 54, 28 aufgestellte Grundsatz, daß zur Leistung verurteilt werden darf, solange die Unmöglichkeit der Leistung nicht feststeht (RG 2. 10. 23 VII 62/23). Wird der Besitzstand durch eine einstweilige Verfügung vorläufig geregelt und muß der Beklagte die Sache danach an den Kläger oder einen Dritten herausgeben, so ist das sachlich-rechtlich ohne Bedeutung. — Das auf Herausgabe lautende Urteil ist gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar, es sei denn, daß diesem die Vorschriften über den Erwerb vom Nichteigentümer zugute kommen,

d. h. wenn er (gutgläubig) weder den Mangel im Recht seines Vorgängers noch die Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs kannte (vgl. ZPO §§ 265, 266, 325; **RG** 79, 165). Im Regelfalle steht einer gegen den Nachfolger gerichteten neuen Klage das Fehlen des Rechtsschutzinteresses entgegen (**RG** 88, 267). — Ist eine *juristische Person* der Besitzer, so darf die Klage nicht auch gegen den gerichtet werden, der mit ihr wirtschaftlich personengleich ist (**RG** 20. 12. 30 V 60/30). — Die Fälle der *ficta possessio* werden vom Gesetze nicht erwähnt, sind aber ähnlich zu behandeln wie früher. Der bösgläubige Besitzer, der den Besitz vor dem Prozeß absichtlich aufgegeben hat (qui dolo desiit possidere), haftet nach §§ 990, 992 auf Schadensersatz; erfährt der Kläger hiervon erst nach Erhebung der Klage auf Herausgabe, so ist es keine unzulässige Klagänderung, wenn er den Schadensersatz fordert (s. A 3 unter b). Wird die Behauptung des Klägers, daß der Beklagte besitze, von diesem wider besseres Wissen gerichtlich zugestanden, so kann der Beklagte (qui liti se obtulit) sein nicht durch Irrtum veranlaßtes Geständnis nicht durch den Beweis der Unrichtigkeit entkräften (ZPO §§ 288, 290), so daß dann § 283 zum Schadensersatz verhilft.

3. Inhalt des Anspruchs. a) Der Anspruch geht auf *Herausgabe der Sache*, worunter aber, der Natur des dinglichen Anspruchs gemäß, grundsätzlich nicht ein positives Tun, sondern nur ein Gestatten der Wegnahme zu verstehen ist. Nur in den Voraussetzungen, nicht im Inhalt des Anspruchs weicht die Vindikation von dem Abholungsanspruch der §§ 867, 1005 ab. Daher tut der Besitzer genug, wenn er die Sache zum Abholen zur Verfügung stellt, und zwar an dem Orte, an dem sie sich bei Erhebung der Klage befindet; eine weitergehende Verpflichtung zum Bringen oder Schicken auf eigene Kosten trifft ihn nur mit dem Eintritt des bösen Glaubens (vgl. OLG 26, 176). Etwas anderes als der Herausgabeanspruch ist aber das Wegnahmerecht des Mieters nach § 547 Abs 2 Satz 2 auch dann, wenn die Mietsache, mit der die Einrichtung verbunden worden, schon wieder in den Besitz des Vermieters gelangt ist. Nach § 258 hat der Mieter die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen und wegen etwa entstehenden Schadens Sicherheit zu leisten (**RG** 109, 130f.). Zu unterscheiden ist auch zwischen Herausgabe und *Beschaffen von Ersatzstücken*. Zu ersterer darf nicht verurteilt werden, wenn letzteres gemeint ist (**RG** JW 1924, 1715[6]). — Herausgabe in diesem Sinne ist das Ziel des Anspruchs auch bei der Klage gegen den *mittelbaren Besitzer*. Zwar steht es dem Eigentümer frei, auf Abtretung des Herausgabeanspruchs zu klagen, den der mittelbare gegen den unmittelbaren Besitzer hat; mit der Rechtskraft des Urteils gilt dann die Abtretung als erklärt (ZPO § 894). Da aber das Gesetz nicht unterscheidet, ist grundsätzlich auch der Anspruch auf Herausgabe der Sache (Verschaffung des unmittelbaren Besitzes) gerechtfertigt. Eine solche Verurteilung bietet den Vorteil, daß der Kläger, je nachdem sich der Schuldner zur Zeit der Zwangsvollstreckung im unmittelbaren oder mittelbaren Besitze der Sache befindet, entweder nach ZPO §§ 883, 885 die bewegliche Sache wegnehmen, das Grundstück räumen lassen oder nach ZPO § 886 die Pfändung und Überweisung des Anspruchs des Schuldners auf Herausgabe erwirken kann. Doch bleibt zu beachten, daß aus der Verurteilung zur Herausgabe die Anwendbarkeit des § 283 BGB folgt, während doch der redliche Besitzer nicht mehr zu leisten braucht, als er hat. Beweist daher der Beklagte, daß sein Besitzmittler ihm gegenüber noch auf längere Zeit zum Besitze der Sache berechtigt ist, so darf er nur auf Abtretung des Anspruchs verurteilt werden, es sei denn, daß er nach §§ 989ff. schadensersatzpflichtig ist. In diesem letzteren Falle erfolgt die Verurteilung zur Herausgabe ohne Rücksicht auf ein Unvermögen zur Leistung (vgl. § 275 A 1). — b) *Verbindung der Klage auf Herausgabe mit der Schadensersatzklage.* Klagt der Eigentümer auf Herausgabe und wird dem Beklagten die Erfüllung aus einem Grunde, den er zu vertreten hat, nachträglich unmöglich (§ 989), so ist es dem Kläger nach ZPO § 268 Nr 3 unbenommen, zum Anspruch auf Schadensersatz überzugehen. Das gleiche gilt, wenn er erst nachträglich erfährt, daß der Beklagte schon bei Prozeßbeginn nicht mehr Besitzer war (vgl. **RG** 26, 387; 39, 428 u. ö.) und wenn zugleich einer der Tatbestände des § 990 oder des § 992 vorliegt. Nicht aber kann von vornherein auf Herausgabe der Sache *oder* Zahlung einer bestimmten Wert- oder Schadenssumme geklagt werden. Nicht nur daß die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht feststehen müssen (**RG** Recht 08 Nr 76; vgl. **RG** 56, 316; JW 1910, 754[16]): eine alternative Verpflichtung des Beklagten, die nach § 264 zu behandeln wäre, läßt sich nicht begründen. Der gesetzlichen Grundlage entbehrt es auch, wenn Klage und Urteil auf Wertzahlung lauten und dem Beklagten anheimgestellt wird, sich durch Herausgabe der Sache zu befreien (**RG** 15. 2. 09 VI 283/08). Möglich ist nur eine Verurteilung zum Schadensersatz für den Fall der Nichtbefriedigung des primären Herausgabeanspruchs in der nach § 283, ZPO § 255 bestimmten Frist, und auch dies nur dann, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt erscheint, daß sich der Beklagte der rechtzeitigen Herausgabe entzieht (ZPO § 259). Von dieser Besorgnis kann auch im Amtsgerichtsprozesse nicht abgesehen werden. § 510b ZPO erstreckt sich nur auf Handlungen im Sinne der §§ 887, 888, nicht auf die Herausgabe nach §§ 883ff. ZPO. — Möglich ist auch, daß der Verkäufer eines noch nicht übereigneten Grundstücks *neben* Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Herausgabe des Grundstücks mit der Eigentumsklage begehrt (**RG** SeuffA 86 Nr 43; JW 1932, 1204[7]). In diesem Fall ist der Wert des Grundstücks als Minderung des Schadens einzusetzen und, wenn dem Verkäufer das Grundstück nunmehr überhaupt oder für unbestimmte Zeit verbleibt, die Möglichkeit

einer Wertveränderung angemessen zu beachten (RG 141, 259ff.). — c) Eigentumsansprüche wegen einer auf Grund eines Strafurteils beschlagnahmten Sache können nur im Wege der Erinnerung oder der zivilprozessualen Widerspruchsklage verfolgt werden (RG 108, 260). — Übrigens kann man sich durch Erfüllen des bürgerlich-rechtlichen Anspruchs aus § 985 unter Umständen strafbar machen (RGSt 56, 170).

4. Die beanspruchte **Sache** muß im Klagantrage so genau bezeichnet sein, daß sie ermittelt werden kann (ZPO § 253 Abs 2 Nr 2). Bei Grundstücken bedarf es der räumlichen Abgrenzung (RG 68, 25). Werden mehrere bewegliche Sachen unter einem zusammenfassenden Ausdruck gefordert, so liegt eine Verbindung von Einzelansprüchen vor (quot res tot vindicationes). Dies auch dann, wenn die Zusammenfassung unter einem Sammelnamen, z. B. Warenlager, sprachlich üblich ist und in anderer Hinsicht Rechtsfolgen hat; die Behandlung der Eigentumsklage wird dadurch nicht berührt (vgl. RG JW 1912, 915[13]). Um sich Gewißheit zu verschaffen, kann der Kläger nach § 809 Vorlegung der Sachen verlangen (vgl. OLG 5, 153). § 260 (Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses bei Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs) greift nicht Platz, da die Sachen, soweit nur die Vindikation in Frage steht, nicht kraft eines einheitlichen Rechtsverhältnisses beansprucht werden (vgl. RG Gruch 47, 910 und § 260 A 1; a. M. RG JW 09, 192[8]). Daß die verlangte Sache als unwesentlicher Bestandteil mit einer andern verbunden ist, steht ihrer Vindikation nicht entgegen (vgl. § 93 A 1). Anders aber, wenn sie ein wesentlicher Bestandteil oder mit andern untrennbar vermischt oder vermengt wurde; alsdann haben sich die Eigentumsverhältnisse geändert (§§ 93, 946—948).

5. Trotz der dinglichen Natur des Anspruchs eignen sich doch **gewisse allgemeine Grundsätze über Schuldverhältnisse** zur entsprechenden Anwendung. Wegen des Leistungsortes vgl. A 3 unter a; auf die Regeln über den Leistungsverzug wird in § 990 Abs 2 geradezu verwiesen. RG 105, 84 zog auch die Bestimmung des § 281 über die Ersatzherausgabe heran, diese Ansicht ist mit Recht wieder aufgegeben worden. Im Falle des § 281 muß die Möglichkeit eines Fortbestehens der Verpflichtung vorhanden sein. Das trifft aber nicht zu, wenn der nach § 985 verklagte Besitzer den Besitz verliert; dann wird der Besitzer nicht durch die Unmöglichkeit der Herausgabe von seiner *ursprünglichen* Verpflichtung befreit, es wird vielmehr dem dinglichen Herausgabeanspruch als solchem der Boden entzogen, er erlischt wegen Wegfalls einer für ihn wesentlichen Voraussetzung (RG 115, 33; HRR 1930 Nr 281; JW 1932, 2277[5]). Hat jemand eine gestohlene Sache gutgläubig erworben und weiterveräußert, so ist mit dem Besitzverlust das dingliche Verpflichtungsverhältnis erloschen, auf die Unmöglichkeit der Sachherausgabe kommt es nicht weiter an. Aber § 816 Abs 1 kann zutreffen. In der Klage auf den Erlös kann die Genehmigung der Weiterveräußerung liegen, diese kann also wirksam sein, vgl. RG 106, 45; 115, 34, wo es sich um ähnliche Tatbestände handelt.

6. Beweislast. Der *Beweis des Eigentums* ist grundsätzlich Sache des Klägers. Gesteht der Beklagte das Eigentum zu, so ist ein weiterer Beweis nicht erforderlich. Widerruft der Beklagte das Geständnis, so wird es nicht wirkungslos, der Beklagte muß nunmehr das zunächst zugestandene Eigentum widerlegen (RG 58, 54). — Der Eigentumsbeweis wird durch Rechtsvermutungen teils erleichtert, teils erschwert. Bei Grundstücken kann der Kläger die Eintragung im Grundbuch für sich anrufen und die Widerlegung gewärtigen, daß er gleichwohl nicht Eigentümer sei (§ 891 Abs 1). Bei beweglichen Sachen spricht die Vermutung des Eigentums nach § 1006 Abs 1 Satz 1 zunächst für den besitzenden Beklagten. Um dagegen durchzudringen, genügt es nicht, daß der Kläger einen Eigentumserwerb dartut und auf die regelmäßige Fortdauer einmal entstandener Rechtsverhältnisse Bezug nimmt (vgl. RG 55, 53; 99, 153; JW 1923, 229[1]; Warn 08 Nr 63; 1925 Nr 27; HRR 1932 Nr 234). Nach Verschiedenheit der Fälle gestaltet sich die Aufgabe wie folgt: a) *Handelt es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere und beweist der Kläger, daß ihm die Sache gestohlen, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen ist*, so hat er nicht nur die zugunsten des Beklagten sprechende Vermutung überwunden, sondern zugleich für sich selbst die Vermutung begründet, daß er während seines früheren Besitzes Eigentümer war (§ 1006 Abs 1 Satz 2, Abs 2). Der Beklagte muß dann, um der Verurteilung zu entgehen, eine von drei Möglichkeiten beweisen: entweder, daß der Kläger mit dem Besitz nicht auch das Eigentum erlangt hat, oder daß die Sache vor der Besitzzeit des Klägers ihm selbst abhanden gekommen ist, oder daß er trotz des früheren Rechtes des Klägers Eigentum erworben hat, z. B. durch Erwerb in öffentlicher Versteigerung oder durch Ersitzung (§ 935 Abs 2, § 937). b) *Wurde der Besitz vom Kläger oder seinem Besitzmittler freiwillig aufgegeben oder kamen dem Kläger Geld oder Inhaberpapiere abhanden*, so steht ihm die Vermutung aus früherem Besitz nur dann zur Seite, wenn er das Nichteigentum des Beklagten beweist (vgl. SeuffA 72 Nr 140). Dazu bedarf es der Darlegung, daß der Beklagte den Besitz ohne das Eigentum erworben oder daß er letzteres wieder verloren hat. Ist einmal nachgewiesen, daß der Beklagte nur Fremdbesitz erlangt hat, oder daß er nachträglich Fremdbesitzer geworden ist, so spricht die Vermutung für die Fortdauer des Fremdbesitzes (RG 18. 3. 24 VII 340/23; 1. 4. 24 VII 376/23). Die Verteidigung des Beklagten ist dann in der Weise möglich, daß er anderweiten Eigentumserwerb nachweist; statt dessen kann er auch, sofern nicht

Geld oder Inhaberpapiere in Frage sind, dartun, daß ihm die Sache schon vor dem Erwerb des Klägers abhanden gekommen ist. Von vornherein aufzuklären, wie er das Eigentum oder auch nur den Besitz erworben hat, ist der Beklagte nicht verpflichtet; auch wenn er behauptet, die Sache sei ihm vom Kläger geschenkt, ist es dessen Aufgabe, die Behauptung zu widerlegen. Beruft sich der Beklagte freilich auf einen bestimmten Vorgang, der ihn zum Eigentümer gemacht haben soll, und wurde dies Vorbringen widerlegt, so wird die Beweiswürdigung zu seinen Ungunsten ausfallen. Auch sonst kann nach ZPO § 286 den besondern Umständen des Einzelfalls ohne weiteres eine Entkräftung der für den Beklagten sprechenden Vermutung entnommen werden (vgl. hierzu RG JW 1910, 390[9]; 1923, 229[1]; 1924, 961[2]; LZ 1924, 636; Warn 1926 Nr 47; RG Recht 1916 Nr 1301 a, 1303; RG 20. 4. 06 VII 380/05; 3. 5. 21 VII 429/20; 12. 1. 23 VII 54/22; 18. 3. 24 VII 340/23; 1. 4. 24 VII 376/23). Sowohl für die Fälle unter a wie für diejenigen unter b ist zu beachten, daß die Vermutungen für den jetzigen oder früheren Besitzer, wenn eine der Parteien mittelbarer, die andere unmittelbarer Besitzer ist oder war, allein dem mittelbaren zugute kommen. c) Der Kläger hat den Besitz nie gehabt. Behauptet er gleichwohl, Eigentum erworben zu haben, z. B. durch Trennung von Früchten (§§ 954 ff.) oder nach § 931 oder durch Erwerb von Grundstückszubehör nach § 926 Abs 1, so muß er nicht nur die zugunsten des Beklagten bestehende Vermutung widerlegen, sondern überdies seinen eigenen Erwerb dartun. — Außer über das Eigentum des Klägers kann auch über den Besitz des Beklagten gestritten werden. Beweispflichtig in dieser Hinsicht ist der Kläger; doch hat der Beklagte die Beweislast, wenn er die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt und nur Besitzdiener zu sein behauptet.

§ 986

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist [1]) [2]). Ist der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, so kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wiederübernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen [3]).

Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen [4]).

E I 804 Satz 2, 942 II 900; M 3 96, 421, 422; P 3 334, 335, 371.

1. **Der Besitzer der Sache hat dem Eigentümer gegenüber eine Einrede aus dem Recht zum Besitz.** Das Recht kann dinglich (z. B. Nießbrauch) oder obligatorisch sein (z. B. Miete oder Pacht), es kann auf Vertrag oder Gesetz beruhen, auch im Familienrecht oder im Erbrecht wurzeln (z. B. das Besitzrecht des Ehemanns nach § 1373, des Testamentsvollstreckers nach § 2205; vgl. auch RG 105, 315: Erfinderrecht). Ob es dauernd oder vorübergehend ist, macht keinen Unterschied. Ein dauerndes Besitzrecht hat der Käufer, der das verkaufte, noch nicht aufgelassene Grundstück besitzt (exc. rei venditae et traditae), vgl. RG 138, 298, ein vorübergehendes hat z. B. der von seiner vorgesetzten Dienstbehörde zwangsweise beurlaubte Gemeindebeamte in Ansehung seiner Dienstwohnung selbst dann, wenn die Beurlaubung zulässig ist; nur unter ganz besonderen Ausnahmeumständen könnte es ihm abgesprochen werden (RG 128, 64). Unerheblich ist ferner, ob die Sache dem Besitzer auf Grund des Rechtes übergeben wurde oder ob er den Besitz eigenmächtig ergriffen hat. Auch das Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 1000) gehört hierhin. Kann es auch anders als die positiven Rechte durch Sicherheitsleistung des Klägers abgewandt werden (§ 273 Abs 3), so fällt es doch um deswillen nicht aus dem Begriff des Rechtes zum Besitz heraus (RG 136, 426). Daher kann der Unterbesitzer wegen der Verwendungen des Oberbesitzers, wegen deren er kein Ersatzrecht hat (vgl. § 999 A 1), doch nach § 986 Abs 1 Satz 1 zurückhalten. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch nicht auf Verwendungen (§ 1000) beschränkt, sondern kann auch wegen anderer Leistungen geltend gemacht werden. Die Vorschrift des § 273 Abs 1 gilt allgemein (RG 59, 202; 72, 65), mithin auch gegenüber der Eigentumsklage (RG Warn 1919 Nr 27; SeuffA 57 Nr 102; OLG 29, 343; 34 S. 188, 189). — Dagegen gewährt die rechtliche Möglichkeit, die Veräußerung einer Sache wegen Gläubigerbenachteiligung anzufechten, noch kein Recht zum Besitz (OLG 30, 103). Ein Besitzrecht des Beklagten wird auch nicht dadurch begründet, daß der Kläger selber am Verluste der Sache schuld ist (RG 93, 281). Wird das Besitzrecht auf Vertrag gestützt, so muß dieser vor allem gültig sein. Daher keine Einrede aus einem formlosen Vorvertrage zum Grundstückskaufvertrag (RG Gruch 48, 943), wohl aber aus einem formgültigen Vorvertrag (RG 81, 66; 105, 19; 129, 370), keine Einrede wiederum aus einem unsittlichen Ver-

trag. Auch § 817 Satz 2 hindert die Eigentumsklage nicht (vgl. § 817 A 3); zu RG 86, 191 und JW 1916, 180[1], die eine Zurückbehaltung wegen Arglist des Klägers für zulässig halten, vgl. § 817 A 5. — Das Recht zum Besitz kann ein eigenes Recht des Besitzers oder unter Umständen auch das Recht eines Dritten sein (vgl. A 2, 3). In passiver Hinsicht muß es sich entweder als absolutes Recht gegen jedermann oder als relatives gegen den klagenden Eigentümer richten. Ein persönlicher Anspruch gegenüber einem Rechtsvorgänger des Eigentümers hilft dem Beklagten in der Regel nichts. Über die Ausnahmen, die hiervon für die Fälle der Übereignung beweglicher Sachen gelten, vgl. A 4; bei Grundstücken werden Mieter und Pächter nach §§ 571 ff. geschützt, während sonst eine Vormerkung nötig ist, um die Wirkung des gegen den Vorgänger begründeten Rechtes auf den Nachfolger auszudehnen. Ist der Eigentümer in Konkurs verfallen, so erfahren die allgemeinen Grundsätze mit Rücksicht auf die Zwecke des Konkurses eine Einschränkung. Entspringt das Besitzrecht einem gegenseitigen Vertrag, so kommt es darauf an, ob der Vertrag nach KO §§ 17 ff. (vgl. wegen des Mieters und Pächters § 21) der Konkursmasse gegenüber wirksam ist (RG 63, 231). Im übrigen dringt die Einrede nur insoweit durch, als der Besitzer nach KO §§ 47 ff. Absonderungsbefugnis hat (vgl. RG 90, 218). — Die Berufung auf das Recht zum Besitz ist überall, nicht nur soweit es sich um das Zurückbehaltungsrecht handelt, eine wahre Einrede, keine Einwendung im engern Sinn (a. M. M. Wolff, Sachenrecht § 84 A 14). Der Wortlaut „kann verweigern" stellt die Absicht der Redaktoren außer Zweifel; eine Umdeutung in Anlehnung an § 1004 Abs 2 und § 1007 Abs 2 erscheint nicht angängig, zumal da sich die abweichende Fassung dort durch die Rücksicht auf die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen erklärt (vgl. § 1004 A 6) und § 1007 (vgl. A 1, 3) auch sonst mangelhaft gefaßt ist. Bei der ausschließlichen Begründung des Anspruchs auf das Eigentum entspricht es auch dem Wesen der Sache, wenn die Heranziehung eines die Herausgabe hindernden anderweiten Rechtsverhältnisses nur auf Einrede des Beklagten erfolgt. Praktische Bedenken, die dem entgegenständen, sind nicht ersichtlich. Die Behandlung als Einrede soll unangemessen sein, weil danach der vindizierende Kläger ein Versäumnisurteil auf Herausgabe erlange, auch wenn aus seinem eigenen Vortrag das Recht des Beklagten zum Besitz hervorgehe. Daß jedoch die Klagschrift außer der Rechtsbehauptung des Beklagten auch deren Berechtigung ergibt, wird überaus selten vorkommen. Trifft es aber einmal zu, so wird der Kläger zugleich erwähnen, daß er den Beklagten vergeblich zur Herausgabe aufgefordert habe. Da eine Einrede richtiger Ansicht nach auch außergerichtlich geltend gemacht werden kann, und hiermit die Leistungsweigerung des Beklagten, d. h. die Erhebung der Einrede, zur Kenntnis des Gerichts gebracht wäre, müßte in solchem Fall auch nach der hier vertretenen Meinung die Klage abgewiesen werden.

2. Der Besitzer hat auch eine Einrede aus dem Recht des Dritten, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet. Er kann geltend machen, daß der Dritte dem klagenden Eigentümer gegenüber zum Besitz und zugleich zu dessen Überlassung an ihn, den Besitzer, berechtigt ist. Der Unterspediteur, der im Auftrag des Hauptspediteurs das Gut in Besitz nimmt und dadurch den Hauptspediteur zum mittelbaren, dessen Auftraggeber zum entfernt mittelbaren Besitzer macht, kann dem Eigentümer auch ein etwa von diesem dem Hauptspediteur bestelltes Vertragspfandrecht entgegenhalten, denn er leitet sein Recht zum Besitz vom Hauptspediteur als dem mittelbaren Besitzer ab, und das Vertragspfandrecht entsteht mit der Besitzergreifung am Gute durch den Unterspediteur (RG 118, 250). Ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht an einem Grundschuldbrief, dessen Zulässigkeit anerkannt ist (RG 68, 386; 91, 158), kann auch von einem andern als dem Grundschuldgläubiger im eigenen Namen einem Dritten gegenüber bestellt werden, wenn die Verfügung des andern mit Einwilligung des Grundschuldgläubigers vorgenommen wird, denn dann trifft § 185 zu, und es war der Besteller selbst dem Eigentümer gegenüber zum mittelbaren Besitz berechtigt (RG 124, 31). Das Gesetz selbst erwähnt nur den Fall, daß der Dritte mittelbarer Besitzer ist; doch darf bei freier Auslegung von dieser Voraussetzung abgesehen werden. Z. B. das von dem Kläger an den Dritten und von diesem an den Beklagten verkaufte Grundstück ist, während es noch dem Kläger gehört, in den Besitz des Beklagten gelangt. Die Bedenken, die man hier gegen die Einrede erhoben hat, greifen nicht durch. Es wird immer das fremde Recht, zu besitzen, nicht der fremde Besitz geltend gemacht; die Notwendigkeit aber, beide Rechtsverhältnisse (das des Klägers zum Dritten und das des Dritten zum Beklagten) auf Bestreiten klarzustellen, besteht ebenso, mag der Dritte mittelbarer Besitzer sein oder nicht. Ohne Grund wird auch eingewandt, das Gesetz gehe absichtlich darauf aus, eine dauernde Spaltung zwischen buchmäßigem Eigentum und einem diesem wirtschaftlich gleichkommenden Besitz- und Nutzungsrecht zu vermeiden. Daß ein solcher Gedanke den Redaktoren fernlag, beweist die Nichtübernahme des § 7 Abs 2 des PrEigErwerbsG v. 5. 5. 1872 (Ausschließung der exc. rei venditae et traditae gegenüber der Klage des eingetragenen Eigentümers, vgl. A 1). Es ist jetzt in RG 138, 298 auch ausdrücklich ausgesprochen, daß ein dauerndes Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum dem Gesetz nicht widerspreche, daß also der Käufer eines ihm übergebenen, aber nicht aufgelassenen Grundstücks das Recht zum Besitz dem Verkäufer gegenüber auch dann behält, wenn der Auflassungsanspruch verjährt ist. Der Versuch, diesen Besitz des Käufers als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO anzuerkennen (RG 116, 363), hat allerdings wieder

aufgegeben werden müssen (RG 127, 11). — Wollte man die hier vertretene ausdehnende Auslegung des § 986 ablehnen, so käme man zu dem auffälligen Ergebnis, daß der klagende Eigentümer den als Abkäufer eines Dritten besitzenden Beklagten zur Herausgabe zwingen könnte, während die Klage abzuweisen wäre, falls der Dritte mit dem Beklagten nur einen Mietvertrag geschlossen hat. Das erscheint so willkürlich, daß man sich ohne die ausdehnende Auslegung vielfach zur Annahme einer stillschweigenden Abtretung des Besitzrechts des Dritten an den Beklagten gedrängt sehen würde. Wie hier RG 105, 19; LZ 1924, 818[8]; 1927, 243[4]; Warn 1928 Nr 124. Auch die zulässige weite Auslegung versagt aber, wenn der Dritte, von dem das Recht zum Besitze hergeleitet wird, weder selbst jemals Besitzer gewesen ist, noch von dem Eigentümer die alsbaldige Verschaffung des Besitzes verlangen kann (RG 2. 10. 25 VI 183/25), oder wenn er ein vorhandenes Recht zum Besitz wieder verloren hat, z. B. weil der Eigentümer von den Verträgen, welche dem Dritten das Recht verliehen, rechtswirksam zurückgetreten ist (RG Warn 1928 Nr 124). — Ist in einem Rechtsstreit des Klägers mit dem Dritten, von dem der Beklagte sein Recht zum Besitz ableitet, das Recht des Dritten zum Besitz rechtskräftig aberkannt, so ist damit auch das Recht des Beklagten erledigt, sofern nicht der Kläger und der Dritte arglistig zusammengewirkt haben (RG LZ 1924, 818). — Ist sowohl der unmittelbare Besitzer wie der Dritte, dem er den Besitz vermittelt, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt, so folgt aus dem Besitzrecht des Dritten, daß die Sache nach Erlöschen des Rechts des unmittelbaren Besitzers dem Dritten und nicht dem Eigentümer herausgegeben werden muß (vgl. RG 1. 7. 21 VII 543/20: der beklagte Grundstücksvermieter hatte die seinem Pfandrecht unterliegenden eingebrachten Sachen auf Grund des § 561 Abs 1 in Besitz genommen und nach Tilgung des Mietzinses dem Mieter zurückgegeben, der sie alsbald veräußerte. Hieraus konnte der Kläger, dem die Sachen vorher vom Mieter nach § 930 übereignet waren, keinen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten herleiten, mochte dieser auch die Übereignung gekannt haben).

3. **Ist der Dritte dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt, durfte er aber dem Beklagten den Besitz nicht überlassen,** so reicht die Rechtslage zur Rechtfertigung des bestehenden Zustandes nicht hin. Der Beklagte muß die Sache herausgeben. Das Gesetz schreibt aber vor, daß, wenn er dem Dritten Besitz vermittelt, der Eigentümer nicht schlechthin Herausgabe an sich selbst fordern darf, sondern den Antrag in erster Linie auf Herausgabe an den Dritten richten muß; nur wenn dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will, erfolgt die Herausgabe an den Kläger. Eine ähnliche Einschränkung des Herausgabeanspruchs s. in § 869 Satz 2. Fälle dieser Art sind z. B. die, daß der Mieter die Sache unerlaubterweise untervermietet oder der Pächter sie afterverpachtet hat. Sind es mehrere Mieter gewesen, welche die Sache in Untermiete gegeben haben, so ist der Antrag des Eigentümers auf Herausgabe der Sache an ihn schon dann begründet, wenn auch nur einer der Mieter sich diesem Antrag angeschlossen hat. Das Verlangen der Herausgabe an sämtliche mittelbaren Besitzer oder an die andern mittelbaren Besitzer ist damit unbegründet geworden (RG 13. 10. 26 V 65/26). Auch hier aber darf man bei der Voraussetzung, daß der Beklagte Besitzmittler ist, nicht stehenbleiben. Die Vorschrift kann nur den Schutz des Dritten bezwecken, der, wenn er auch durch Überlassung des Besitzes an den Beklagten rechtswidrig verfuhr, doch nach wie vor dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Da dies aber gleichmäßig zutrifft, mag der Dritte mittelbarer Besitzer sein oder die Sache nur früher oder überhaupt nicht besessen haben, hat ihm der Eigentümer in allen diesen Fällen die Wahl zu lassen, ob er die Sache übernehmen bzw. wiederübernehmen will oder nicht.

4. **Einwendungen gegen den früheren Eigentümer.** Vollzieht sich der Eigentumserwerb nach § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, so wird hierdurch der Besitzer, der ein dingliches Recht an der Sache hat, nicht berührt; nach § 936 Abs 3, § 986 Abs 1 kann er sich auf sein Recht auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber berufen. Dagegen bedarf er eines besonderen Schutzes, soweit ihm nur ein schuldrechtliches Besitzrecht gegen den Veräußerer zur Seite steht. Diesen Schutz gewährt ihm § 986 Abs 2, den Besitzer mit Einwendungen aus Schuldverhältnissen auszustatten, ist der eigentliche Zweck dieser Vorschrift (RG 109, 130; die Mietsache war mit einer dem Mieter gehörigen Einrichtung in den Besitz des Vermieters gelangt, der Mieter hatte angeblich das Eigentum an der Einrichtung nach § 931 übertragen, sein Rechtsnachfolger klagte auf Herausgabe, der Vermieter konnte sich darauf berufen, daß er dem Mieter gegenüber so lange zum Besitze berechtigt sei, bis dieser die Einrichtung nach § 547 Abs 2 Satz 2 und § 258 weggenommen habe, vgl. A 3a zu § 985). Die Stellung des Besitzers gegenüber dem auf § 931 gestützten Eigentümer ist danach dieselbe wie die Stellung eines Schuldners gegenüber dem Zessionar. Nach § 407 kann er sich auch solcher Einwendungen bedienen, die erst nach Abtretung des Herausgabeanspruchs durch ein zwischen ihm und dem bisherigen Eigentümer geschlossenes Rechtsgeschäft begründet sind, es sei denn, daß er die Abtretung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte (RG 20. 6. 11 VII 600/10). War der Veräußerer Nichteigentümer, aber mittelbarer Besitzer, und hat der gutgläubige Erwerber das Eigentum nach §§ 934, 870 durch Abtretung des den Besitz vermittelnden obligatorischen Anspruchs erlangt, so sind es die Einwendungen gegen den Veräußerer, nicht diejenigen gegen den bisherigen Eigentümer, die dem Beklagten erhalten bleiben. — § 986 Abs 2 trifft schon seinem Wortlaut nach auch dann zu, wenn die nach § 931 veräußerte Sache abhanden gekommen war

und der Erwerber erst durch Ersitzung Eigentümer wurde. Es kann aber auch nicht darauf ankommen, ob der Veräußerer und mittelbare Besitzer das Eigentum nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe oder nach § 930 durch Besitzkonstitut überträgt; auch im letzteren Falle muß der unmittelbare Besitzer Schutz finden (vgl. SeuffA 66 Nr 190; HRR 1932 Nr 1567). Dagegen ist eine Ausdehnung auf den gesetzlichen Eigentumserwerb nach § 952 abzulehnen. Beispiel: der Versicherte übergibt seinen Lebensversicherungsschein sicherungshalber einem Gläubiger und begründet für ihn dadurch ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht (§ 1204 A 4); alsdann läßt ein anderer Gläubiger die Forderung auf die Versicherungssumme pfänden und sich an Zahlungs Statt überweisen. Wollte man hier den Vollstreckungsgläubiger, der nach § 952 Eigentümer des Papiers geworden ist, an der Einrede aus dem Vertrage des früheren Eigentümers scheitern lassen, so würde man dem Vertrage dingliche Wirkung beilegen und die Zwecke des § 1280 durchkreuzen, vgl. **RG** 51, 83ff. Die Anwendbarkeit von § 986 Abs 2 wird hier mit Recht abgelehnt. Daneben wird die Frage angeregt, ob § 986 Abs 1 Satz 1 eingreife. In dem behandelten Falle hatte der Versicherungsnehmer den Versicherungsschein bei einem Gläubiger zu dessen Sicherung hinterlegt und nach seinem Tode war die Versicherungsforderung an den als bezugsberechtigt Benannten gefallen. Es soll geprüft werden, ob der Bezugsberechtigte die nur schuldrechtliche Verfügung des Versicherungsnehmers wegen der Nachgiebigkeit der in § 952 Abs 1 Satz 1 enthaltenen Vorschrift oder schon auf Grund der durch den Versicherungsvertrag von ihm selbst erlangten Rechtsstellung gegen sich gelten lassen muß. Den ersteren Weg ist OLG Hamburg (HRR 1933 Nr 1407) gegangen. Der Bezugsberechtigte, der nicht Erbe des Versicherungsnehmers geworden war, soll das Eigentum an dem Schein nur mit der „Beschränkung" oder der „Belastung" des schuldrechtlichen Zurückbehaltungsrechts erworben haben. Eine schuldrechtliche Verpflichtung belastet oder beschränkt aber immer nur die Person des Verpflichteten, niemals das Eigentum an der den Gegenstand der Verpflichtung bildenden Sache. Aus der Nachgiebigkeit der Vorschrift in § 952 Abs 1 Satz 1 folgt nur, daß zum Eigentümer des Schuldscheins auch ein anderer als der Gläubiger bestellt werden kann. Der oben genannte zweite Weg ist ebenfalls nicht gangbar. Der Bezugsberechtigte erwirbt die Forderung gegen den Versicherer unmittelbar und frei von den Schulden des Versicherungsnehmers.

§ 987

[1]) Der Besitzer hat dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht [2]).

Zieht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte, so ist er dem Eigentümer zum Ersatze verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt [3]).

E I 933 II 901; M 3 407, 408; P 3 336—343, 371; 6 110, 236, 237.

1. Die §§ 987—993 über die **Ansprüche des Eigentümers auf Herausgabe von Nutzungen und Schadensersatz** beruhen auf der Erwägung, daß die allgemeinen Vorschriften hier vielfach nicht passen würden. Als solche allgemeine Vorschriften könnten in Betracht kommen die über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung in §§ 812ff., namentlich § 818 Abs 1, und die über den Schadensersatz bei unerlaubten Handlungen im § 823. Sie wären aber teils zu milde und teils zu streng, die letzteren namentlich vielfach zu hart, wenn derjenige Besitzer, der sich in gutem Glauben für den Eigentümer hält und mit der Sache nach Belieben verfährt, weil er meint, daß andere Personen dadurch nicht berührt werden, wegen Sachbeschädigung für Schadensersatz aufzukommen hätte. Daher trifft das Gesetz eine selbständige Regelung, wobei es den rechtshängigen Besitzer (Prozeßbesitzer, §§ 987, 989), den Besitzer auf Grund unentgeltlichen Erwerbs (§ 988), den unredlichen Besitzer (§§ 990, 991 Abs 1) und den Besitzer kraft verbotener Eigenmacht oder strafbarer Handlung (§ 992) unterscheidet. Die Vorschriften der §§ 987ff. schließen also die Anwendung der §§ 812ff. vollständig aus, sie können auch nicht nebeneinander eingreifen. Soweit nach § 987ff. Nutzungen nicht auszugleichen sind, ist in diesen gesetzlichen Bestimmungen der eine ungerechtfertigte Bereicherung ausschließende Rechtsgrund zu finden. Das war auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts seit **RG** JW 1912, 690[16] anerkannt. Ein neuerliches Schwanken (**RG** 129, 307; 24. 10. 27 VI 69/27) ist durch die weiteren Entscheidungen (**RG** 135, 173; 137, 206ff.) beseitigt worden. Die abweichenden Senate haben ihre Ansichten nicht mehr aufrecht erhalten (**RG** 137, 210; DRZR 1933 Nr 1650). — Ebenso schließen die Vorschriften der §§ 987ff., vorbehaltlich der im § 992 (vgl. das. A 1) getroffenen Regelung, die Anwendung des § 823 aus. Sie beziehen sich auf Eigenbesitzer und Fremdbesitzer, auf diese jedoch nur, soweit sie sich im Rahmen ihres vermeintlichen Besitzrechts gehalten haben (**RG** 56, 316; 101, 309; 106, 152; JW 1910 S. 111[10], 754[16]; SeuffA 78 Nr 82; 16. 4. 26 VI 572/25; vgl. § 992 A 2). — Die Stellung des Bucheigentümers gegenüber der Grundbuchberichtigungsklage ist der Stellung des Be-

sitzers gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers so wesensverwandt, daß auf ihn nicht nur die §§ 989, 990 (RG 121, 336), sondern auch die §§ 987, 988, 993, 994, 995 entsprechend anwendbar sind (RG 133 S. 286 u. 287). — Von den Ansprüchen, die durch diese Vorschriften begründet werden, ist dinglich nur der auf Herausgabe der vom unredlichen Besitzer gezogenen natürlichen Früchte, da diese nach §§ 953, 955 Abs 1 Satz 2 durch die Trennung Eigentum des Sacheigentümers geworden sind. Alle andern Ansprüche, also diejenigen auf Herausgabe der bürgerlichen Früchte und der Gebrauchsvorteile, die Ansprüche auf Schadensersatz sowie der Anspruch auf Herausgabe der natürlichen Früchte, die nach §§ 955ff. in das Eigentum des redlichen Besitzers gelangt sind, fließen zwar aus dem Eigentum als solchen und stehen daher dem jeweiligen Eigentümer zu, haben aber schuldrechtliche Natur (RG 46, 145), so daß sie im Konkurse des Verpflichteten kein Aussonderungsrecht gewähren. Auch bei den Nutzungen trifft der Ausdruck Herausgabe genau genommen nur auf die gezogenen und noch unverbraucht vorhandenen natürlichen oder bürgerlichen Sachfrüchte zu; im übrigen ist die Herausgabepflicht eine Pflicht zur Wertvergütung (RG 93, 283; RG SeuffA 75 Nr 101). Immer handelt es sich um Nebenleistungen, die von der Vindikation der Hauptsache abhängen und daher nach § 224 mit ihr zusammen verjähren. Prozessual sind die Ansprüche im Sinne der ZPO § 4 auf Nebenforderungen gerichtet, wenn sie neben dem Hauptanspruch in derselben Klage geltend gemacht werden. Bei einer unbeweglichen Sache steht dem Kläger dann auch der Gerichtsstand der belegenen Sache offen (ZPO § 26). Der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 ZPO kommt für Klagen aus §§ 987ff. nicht in Betracht.

2. **Der gutgläubige Besitzer soll von der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs an die Sache sorgfältig nutzen.** Daher bestimmt § 987 in Abs 1, daß fructus percepti, in Abs 2, daß auch fructus percipiendi herauszugeben sind. Jeder Besitzer wird von dieser Verpflichtung betroffen, ein Besitzmittler auch dann, wenn er, z. B. als vermeintlicher Pächter, dem Eigentümer selber Besitz vermittelt. Im Fall eines Doppelbesitzes hat der Eigentümer die Wahl, ob er den unmittelbaren Besitzer wegen der natürlichen Früchte oder den mittelbaren Besitzer wegen des dafür bestimmten Entgelts (z. B. den Pachtzins) verklagen will. Eine Häufung beider Ansprüche ist ausgeschlossen. Nutzungen s. §§ 100, 99; über ihre zeitliche Teilung § 101; über den Abzug der Gewinnungskosten § 102. Besteht die Nutzung im Bewohnen eines Hauses, so ist der mit dem vermeintlichen Eigentümer vereinbarte Mietzins als Ersatz zu leisten (RG SeuffA 75 Nr 101). Darauf, ob auch der Eigentümer die Nutzungen hätte ziehen können, kommt es nicht an. Die vor der Rechtshängigkeit gewonnenen, aber noch vorhandenen Früchte (fructus exstantes) brauchen regelmäßig (anders nach § 988) nicht herausgegeben zu werden. Zur Rechnungslegung über gezogene Nutzungen ist der gutgläubige Besitzer früher nicht als verpflichtet angesehen (RG Gruch 51, 897; JW 1912, 288[8]; Warn 1912 Nr 14; JRsch 1928 Nr 1982). Neuerdings ist diese Verbindlichkeit aber unter Aufgabe der abweichenden Ansichten anerkannt worden, weil sonst dem Herausgabeanspruch die wirksame Handhabe zu seiner Durchführung fehlen würde (RG 137, 212f.). Es kommt dabei allerdings nicht § 259, sondern § 260 zur Anwendung. — Rechtshängigkeit: ZPO §§ 253, 263, 281, 500; EG Art 152. Die Verpflichtung zur Herausgabe gilt als nicht entstanden, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil abgewiesen ist. Wird dann von neuem Klage erhoben, so ist der Beginn des zweiten Prozesses maßgebend, doch kann der Besitzer durch die erste Klage bösgläubig geworden sein. Im Fall der Nichterfüllung der Herausgabepflicht hat der Besitzer Schadensersatz nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 280, 283) zu leisten; er haftet also nicht bei zufälligem Untergang.

3. **Versäumte Nutzungen** hat der gutgläubige Besitzer zu ersetzen, wenn sie gemäß den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nach Eintritt der Rechtshängigkeit hätten gezogen werden sollen und wenn zugleich ihm (oder seinem gesetzlichen Vertreter oder seinem Gehilfen, § 278) die Nichtziehung zum Verschulden (§ 276) gereicht. Beides hat der Kläger zu beweisen, doch wird der Beweis der objektiven Voraussetzung meistens auch das Verschulden dartun. Zu ersetzen ist der Wert der versäumten Nutzungen, nicht auch der sonstige Schaden des Eigentümers, es sei denn (§ 989), daß durch die Versäumnis die Sache selbst Schaden gelitten hätte.

§ 988

Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt [1]), den Besitz unentgeltlich erlangt [2]), so ist er dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen, die er vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet [3]).

E II 902; P 3 349, 350.

1. Die Bestimmung betrifft **den in § 955 bezeichneten Besitzer**, der, wenn er gutgläubig ist, die natürlichen Früchte zu Eigentum erwirbt. Er soll gleichwohl schuldrechtlich nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zur Herausgabe verpflichtet sein, falls er den Besitz unentgeltlich erlangt hat. Damit wird derselbe Rechtsgedanke zum Ausdruck gebracht, der dem § 816 Abs 1 Satz 2 zugrunde liegt: ein unentgeltlicher Erwerb darf nicht auf Kosten des wahren Berechtigten geschützt werden. Ob der Besitz unentgeltlich erlangt ist, muß vom Standpunkt des Besitzers aus beurteilt werden. Herauszugeben sind nicht nur die natürlichen Früchte, auf die sich § 955 bezieht, sondern alle Nutzungen, auch die Vorteile des eigenen Gebrauchs (mithin, wenn es sich um Herausgabe eines Wohnhauses handelt, auch die ersparten Mietzinsen).

2. **Unentgeltlich** wird der Besitz namentlich durch Schenkung erlangt (z. B. Schenkung einer abhanden gekommenen beweglichen Sache, schenkweise nichtige Auflassung oder Nießbrauchsbestellung), ferner durch Aneignung einer vermeintlich derelinquierten Sache und durch Erwerb auf Grund eines nichtigen Testaments. Besitzt jemand als Erbe eines Besitzers, so entscheidet die Art, wie der Erblasser den Besitz erlangt hat. Dem wahren Erben gegenüber ist der vermeintliche Erbe als unentgeltlicher Erwerber anzusehen. — Wer ein Grundstück auf Grund eines wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrags übergeben erhalten hat, ist nicht unentgeltlich in seinen Besitz gelangt (**RG** 28. 6. 22 V 605/21). Ebenso wird das gegen Bezahlung erlangte Bucheigentum nicht dadurch zum unentgeltlich erlangten, daß der Bucheigentümer den Kaufpreis wegen Nichtigkeit des Vertrages zurückgefordert hat. So in Übereinstimmung mit **RG** JW 1928, 2437[2] und gegenüber einer zweifelnden Bemerkung in **RG** 129, 312 mit Recht **RG** 133, 283. Die ursprünglichen Vertragsabreden sind maßgebend, nicht die spätere Gestaltung der Sachlage. — Wegen der Rechnungslegung vgl. § 987 A 2.

3. Nach § 818 Abs 3 sind die **vor der Rechtshängigkeit wieder verlorengegangenen Nutzungen** nur insoweit zu ersetzen, als noch eine Bereicherung übriggeblieben ist. Später trifft den Besitzer die gesteigerte Haftung für Verschulden (vgl. § 818 Abs 4, §§ 280, 283). Zu beweisen hat der Kläger die Unentgeltlichkeit des Erwerbs und den Umfang der gezogenen Nutzungen. Der Beklagte hat darzutun, daß die Bereicherung weggefallen ist, wogegen der Kläger wiederum einwendet, daß dies erst nach der Rechtshängigkeit geschah und vom Beklagten verschuldet wurde (vgl. § 818 A 9).

§ 989

Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann [1]) [2]).

E I 933 II 903; M 3 408; P 3 338, 342; 6 237.

1. Die Schadensersatzhaftung nach §§ 989ff. ist grundsätzlich auf den bösen Glauben des Besitzers abgestellt. **Mit der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs tritt sie deshalb ein, weil der Besitzer** nunmehr zwar nicht notwendig bösgläubig wird (vgl. § 990 A 3), aber doch **mit der Möglichkeit, daß er nicht im Rechte ist, rechnen soll.** Stets wird in §§ 989ff. vorausgesetzt, daß der Besitzer zu dem Besitze, den er ausübt, kein Recht hat, denn ohne dies kann von einem guten oder bösen Glauben nicht gesprochen werden. Daß er zu dem ausgeübten Besitze nicht berechtigt ist, kann auch vorkommen, wenn er den Besitz durch gültigen Vertrag mit dem Eigentümer erlangt hat: dann nämlich, wenn seine Besitzberechtigung durch Kündigung des Vertrags oder aus anderm Grunde erloschen ist oder wenn er ein weitergehendes Besitzrecht zu haben glaubt, als ihm zusteht (z. B. er ist Verwahrer und glaubt Mieter zu sein; er ist Nießbraucher und glaubt Eigentümer zu sein). Eine von einem bösgläubigen Besitzer vorgenommene Veräußerung ist stets eine schuldhafte Verfügung im Sinne des § 989 (**RG** Warn 1924 Nr 125). Der Schadensersatzanspruch aus dem Eigentum ist ein gesetzlicher Anspruch wegen Vindikationsvereitlung (§§ 280, 283), kein Anspruch wegen unerlaubter Handlung (§ 823), auch nicht, wenn der Besitzer in bösem Glauben ist (§ 990). Einen Anspruch aus unerlaubter Handlung gibt es gegen den Eigenbesitzer nur im Rahmen des § 992 — vgl. aber **RG** 117, 425 —, sonst nur gegen den Fremdbesitzer (vgl. dazu und zu der möglichen Anspruchskonkurrenz § 992 A 1, 2). Für die Schadensersatzpflicht des Eigenbesitzers nach §§ 989, 990 gilt daher die Haftung für gesetzliche Vertreter und Gehilfen (§ 278) sowie die Entlastungspflicht des Besitzers (§ 282; vgl. **RG** JW 08, 478[8]), wogegen die Vorschriften über die dreijährige Verjährung des § 852, über das Deliktsstatut im internationalen Privatrecht und über den Gerichtsstand der unerlaubten Tat (ZPO § 32 vgl. **RG** Warn 1918 Nr 169) keine Anwendung finden. Der Begriff des Schadens ist derselbe wie sonst, umfaßt also auch den entgangenen Gewinn (**RG** Recht 09 Nr 2660) und gestattet nach § 254 die Einrede des mitwirkenden Verschuldens (**RG** 93, 281; Warn 1910 Nr 419); unanwendbar ist jedoch § 254 Abs 2 Satz 2, weil zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer kein Schuldverhältnis besteht, zu dessen Erfüllung der Eigentümer sich des — bei der Entstehung des

Schadens mitwirkenden — Dritten bedient haben könnte (RG 119, 155). — Muß ein Käufer, der vom Vertrage zurücktritt, die ihm gelieferte Ware aber bereits weiterveräußert hat, Schadensersatz leisten, so ist der Schaden nicht gleich dem Verkaufspreis des Verkäufers, auch nicht gleich dem Erlöse des Käufers, sondern gleich dem Verkaufswert entsprechender Waren am Ort der Niederlassung des Verkäufers zur Zeit des Urteils (RG 25. 6. 26 VI 71/26). Im Gegensatz dazu will RG 5. 6. 34 VII 2/34 dem Eigentümer den Erlös des Besitzers als Schadensersatz zusprechen, zwar nicht gemäß § 281 (RG 115, 33), wohl aber deshalb, weil der Eigentümer die Sache selbst für diesen Preis hätte verkaufen können. — Als Schadensersatz kann, wenn es sich um Gattungssachen handelt, auch Leistung eines andern Stücks derselben Gattung gefordert werden (RG 93, 284; 2. 10. 23 VII 62/23). Auch Wiederbeschaffung der Sache kann gegebenenfalls verlangt werden (RG 8. 4. 24 VII 253/23; 16. 4. 26 VI 572/25). Voraussetzung ist aber stets die vom Besitzer verschuldete objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Herausgabe der (unversehrten) Sache. Eine Haftung für Verzugsschaden läßt sich nur in den Fällen der §§ 990 Abs 2 und 992 begründen; wie aus der Fassung des § 990 Abs 2 hervorgeht und durch Prot 3 S. 344, 348 bestätigt wird, liegt sie dem redlichen Besitzer auch für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht ob (RG 72, 269; JW 1910, 4[1]; Warn 1911 Nr 189; 5. 4. 27 II 256/26).

2. Als Beispiele für die Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache (d. h. in unversehrtem Zustande) werden genannt die **Verschlechterung** und der **Untergang**. Wie die körperliche Verschlechterung, muß auch die Belastung mit einem Rechte beurteilt werden (RG 121, 335; 139, 354; JW 1928, 1387[52]; Warn 1928 Nr 144). Der § 1004 kommt insoweit nicht in Frage. Die Rechtshängigkeit ist hier gegeben, wenn der Herausgabeanspruch oder aber auch der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs erhoben ist (RG 121, 335; 133, 286). — Dem Untergang der Sache steht der des Eigentums des Klägers infolge von Verbindung, Vermischung, Verarbeitung gleich. Ferner gehört hierhin die Veräußerung der Sache. Sie ist, wenn sie freiwillig erfolgt, dem Besitzer stets zum Verschulden zuzurechnen (RG 56, 316); bei einer Zwangsversteigerung entscheiden die Umstände des Falles (vgl. RG JW 09, 456[11]; OLG 26, 63). Darauf, ob der dritte Erwerber durch guten Glauben Eigentümer geworden ist, kommt es nicht an. Auch wenn dies nicht zutrifft, hat der Prozeßbesitzer dem Kläger Schadensersatz zu leisten, doch wird er nach § 255 von dem Kläger Abtretung der Ansprüche verlangen können, welche diesem auf Grund seines Eigentums an der Sache zustehen. Veräußerung der Sache bedeutet es auch, wenn der Prozeßbesitzer die Sache vermietet, verleiht oder sich sonst zum mittelbaren Besitzer macht. In allen diesen Fällen wird auch die Erstreckung der Rechtskraft des Herausgabeanspruchs nach § 325 Abs 1 ZPO den Eigentümer nicht immer vor Schaden bewahren können, z. B. wenn es ihm nicht gelingt, die Sache von dem Dritten herauszuerlangen. Endlich kann die Herausgabe an den Eigentümer dadurch unmöglich werden, daß der Prozeßbesitzer, der einem andern den Besitz vermittelt, die Sache dem andern zurückgewährt. Auch dies gereicht ihm zum Verschulden; um sich gegen den Anspruch des mittelbaren Besitzers zu schützen, muß er nach ZPO § 76 verfahren (Benennung des Urhebers). Der mit einer Widerspruchsklage nach ZPO § 771 belangte Pfändungspfandgläubiger, der die gepfändete Sache versteigern läßt, obgleich die beigebrachten Urkunden das Eigentum des Klägers ergeben, fällt nicht nur unter § 989, denn die Widerspruchsklage ist keine Vindikation, ihr Ziel auf Freigabe, nicht auf Herausgabe gerichtet (RG 61, 430). Darüber, daß ein solcher Pfändungspfandgläubiger gleichwohl und zwar schon bei leichter Fahrlässigkeit schadensersatzpflichtig ist, vgl. § 992 A 2.

§ 990

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbes an nach den §§ 987, 989 [1]) [2]). Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an [3]).

Eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs bleibt unberührt [4]).

E I 931 Abs. 1, 932 Abs. 1 Satz 1, 934 II 904; M 3 403, 406, 408, 409; P 3 339—344, 348; 6 236.

1. Der Besitzer, **der beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war,** haftet für Bewahrung und Nutzbarmachung der Sache von vornherein **so, wie der redliche Besitzer von der Rechtshängigkeit an** haftet. Er hat also die seit dem Besitzerwerb gezogenen Nutzungen herauszugeben, auch wenn sie der Eigentümer nicht gezogen haben würde, und diejenigen nichtgezogenen Nutzungen zu ersetzen, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen sollen. Auf Herausgabe der natürlichen Früchte haftet er dinglich (vgl. § 987 A 1). Ist er zur Herausgabe von Nutzungen infolge Verschuldens nicht imstande, so hat er nach § 280 in allen Fällen vollen Schadensersatz, nicht bloß Wertersatz, zu leisten. Ferner ist der unredliche Besitzer auch mit bezug auf die Hauptsache wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Heraus-

gabe schadensersatzpflichtig. Hier kann der Schadensersatz auch hinter dem Wertersatz zurückbleiben. Ein Sicherungseigentümer kann nur Befriedigung in der Weise verlangen, wie er sich aus dem für ihn verloren gegangenen Gegenstand hätte befriedigen können (RG 143, 376). Der Ersatzanspruch kann auch dann sofort gegen ihn geltend gemacht werden, wenn er die Sache an einen Dritten veräußert hat und seine vom Eigentümer erstrittene Verurteilung zur Herausgabe gegen den Dritten wirkt. Doch kann er in solchem Falle verlangen, daß ihm Zug um Zug gegen die Ersatzleistung der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Dritten abgetreten wird (§ 255). Folgen mehrere unredliche Besitzer aufeinander, so haftet jeder wegen der Nutzungen und Schäden seiner Besitzzeit. Wird sowohl der unmittelbare als der mittelbare Besitzer in Anspruch genommen, so hat jeder seine eigene Bösgläubigkeit, nicht auch die des andern, zu vertreten. Über den Fall, wenn der Besitzmittler eines andern, als des Eigentümers, wegen Nutzungen verklagt werden soll, vgl. § 991 A 1. Wegen der Verpflichtung zur Rechnungslegung vgl. § 987 A 2; im Rahmen des § 990 können auch die §§ 687 Abs 2, 681, 666 eingreifen. — Wird zunächst Herausgabe der Sache verlangt und geht der Kläger später zur Schadensersatzklage über, so kommt es für diese Klage nicht darauf an, daß der Beklagte bei Erhebung der Klage noch im Besitz der Sache war (RG Warn 1924 Nr 125; 16. 4. 26 VI 572/25). — Die Einziehung eines bei der Jagd benutzten Gewehrs läßt sich mit Eigentumsansprüchen nicht bekämpfen, nur durch den Nachweis, daß das Gewehr nicht bei der Jagd benutzt worden ist. Mit der Möglichkeit einer Eigentumsklage fällt dann auch die Möglichkeit einer Schadensersatzklage nach §§ 990, 989, aber § 839 kann in Frage kommen (RG 108, 263).

2. **Bösgläubig ist der Besitzer, wenn er weiß oder nur wegen grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er dem Eigentümer gegenüber zu dem Besitze, den er ausübt, nicht berechtigt ist.** Wie auch durch Abs 1 Satz 2 bestätigt wird, müssen Kenntnis und Unkenntnis grundsätzlich die eigene Nichtberechtigung betreffen, nicht das fremde Eigentum, neben dem ein Besitzrecht des Besitzers sehr wohl möglich ist (RG SeuffA 84 Nr 146; 8. 4. 24 VII 253/23; 16. 4. 26 VI 572/25; 8. 6. 26 VI 594/24). Handelt es sich freilich um Erwerb der Sache oder eines Rechtes daran von einem andern, so kommt es hierfür praktisch meist auf dessen Eigentum an, doch ist z. B. nicht schlechtgläubig, wer ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen hat, daß sein Rechtsvorgänger zwar nicht Eigentümer, daß er aber dem Eigentümer gegenüber dazu berechtigt sei, den Besitz der Sache einem andern zu überlassen (RG SeuffA 84 Nr 146). Der Erwerber darf verdächtigen Anzeichen gegenüber nicht die Augen schließen, sondern hat diejenige Prüfung in Ansehung des Rechtes des Veräußerers anzustellen, die nach den Umständen zu erwarten ist und deren Unterlassung sich mit dem Verhalten eines ordentlichen Mannes nicht verträgt (RG 58, 164; RG JW 07, 672[5]; RG Recht 1922 Nr 63). Zu dem Besitze, den er ausübt: zieht ein Fremdbesitzer, der nur zum Besitz, nicht zur Nutzung der Sache berechtigt ist, in wissentlicher oder grobfahrlässiger Überschreitung seiner Befugnis Nutzungen, so ist er mit Bezug auf die gezogenen Nutzungen (nicht mit Bezug auf nichtgezogene; eine Nutzungspflicht liegt ihm nicht ob) als unredlicher Besitzer der Sache zu behandeln. Das trifft z. B. zu, wenn jemand auf Grund eines ungültigen Pachtvertrages ein Grundstück in Besitz hat. In Beziehung auf die gezogenen Früchte ist er nicht gutgläubig, denn der gute Glaube ging nur dahin, ein entgeltliches Fruchtziehungsrecht zu haben, kein unentgeltliches (JW 1934, 850[5]; vgl. auch RG SeuffA 75 Nr 101; nicht unbedenklich insoweit RG 141, 310). Wer den Besitz auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags erlangt und den Kaufpreis gezahlt hat, ist wegen seines Bereicherungsanspruchs zwar zur Zurückbehaltung, mithin auch zum Besitze berechtigt (§ 986 A 1); die Nutzungen aber, die er nach Aufklärung über die Nichtigkeit des Vertrags zieht, muß er herausgeben (a. M. OLG 34, 189). Entscheidend ist das Verhältnis zum Eigentümer. Vermittelt der Beklagte einem andern als dem Eigentümer Besitz, so muß sich sein böser Glaube darauf beziehen, daß der mittelbare Besitzer zum Besitz oder zu dessen Überlassung an ihn nicht befugt ist. Weiß er nichts weiter, als daß er selber gegenüber dem mittelbaren Besitzer kein Recht auf den Besitz hat, so macht ihn dies allein nicht bösgläubig (Mot 3, 406). Auf die Zeit des Erwerbes des Besitzes kommt es an, d. h. auf den Zeitpunkt, in dem die Sachherrschaft bewußtermaßen (vgl. OLG Frankfurt JW 1922, 915; auch oben § 854 A 3) ergriffen wird (RG 106, 152). Der Gutskäufer, der die Erteilung der behördlichen Genehmigung bestimmt erwartet, ist nicht bösgläubig, haftet also dem Verkäufer nicht für fahrlässige Beschädigung des ihm übergebenen Inventars; gemäß § 993 Abs 1 letzter Halbsatz auch nicht nach § 823 (RG SeuffA 77 Nr 82); für die Zeit vor der Rechtshängigkeit und bis zum Eintritt einer Kenntnis von seiner Nichtberechtigung zum Besitz behält er die Nutzungen, hat aber auch keinen Anspruch auf Erstattung der gewöhnlichen Erhaltungskosten (RG JW 1928, 2437[3]). Beantragt dagegen der Gutskäufer selbst die Versagung der Genehmigung, so muß er sich als unrechtmäßigen Besitzer betrachten und das Grundstück wie ein Führer fremder Geschäfte bewirtschaften. Das schlägt zu seinem Vorteil aus, wenn die notwendigen Verwendungen die Nutzungen übersteigen. Die Pflicht, die Ausgaben dafür zu tragen, wenigstens soweit es sich um Erhaltungskosten handelt, § 994 Abs 1, folgt nur aus dem Recht auf die Nutzungen, und dieses hängt eben von dem guten Glauben des Besitzers ab (RG HRR 1934 Nr 261). — Der Finder ist nicht bösgläubig, denn er hat ein Recht zum Besitz (§§ 965, 966), erst durch Unter-

schlagung wird er bösgläubig. Dasselbe gilt von demjenigen, der die Sache für den Finder verwahrt (RG JW 1924, 1715[6]). Beim Besitzerwerb durch einen Besitzdiener kommt es auf dessen guten Glauben an, § 166 Abs 1, sein Verhältnis zum Besitzer ist der Stellvertretung ähnlich (RG 137, 26); ein Entlastungsbeweis nach § 831 ist nicht zulässig, da die Klage aus § 990 nicht auf unerlaubter Handlung beruht (RG SeuffA 79 Nr 186). — Erlischt der böse Glaube nachträglich (Hauptfall: der Erbe, auf den der Besitz des Bösgläubigen nach § 857 übergegangen ist, ergreift in entschuldbarer Unkenntnis später tatsächlich Besitz), so wird der § 990 von da an unanwendbar.

3. **Mala fides superveniens** entsteht nur durch wirkliche Kenntnis, nicht auch durch grobfahrlässige Unkenntnis (RG 56, 317; Warn 1925 Nr 10). Die Erhebung der Klage auf Herausgabe hat Bösgläubigkeit nicht immer zur Folge (RG JW 05, 494[20]), zumal auch Rechtsirrtum entschuldbar sein kann (RG JW 1911, 1015[9]). Immerhin wird die Kenntnis als erlangt gelten, wenn der Besitzer über den Mangel des Besitzrechts in einer Weise aufgeklärt ist, daß sich ein redlich Denkender der Überzeugung hiervon nicht verschließen würde.

4. **Die Haftung des unredlichen Besitzers** — nicht auch die des redlichen, vgl. § 989 A 1 — **steigert sich, wenn er in Verzug gerät.** Alsdann haftet er nach § 286 Abs 1 für den ganzen durch den Verzug entstandenen Schaden, mithin auch für den Nachteil, der dem Eigentümer aus der Vorenthaltung der Sache erwuchs (RG SeuffA 67 Nr 157), und für den Gewinn, den nur der Eigentümer, nicht auch der Besitzer, hätte erzielen können. Nach § 287 muß er sogar eine zufällige Unmöglichkeit der Leistung vertreten, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Wird Herausgabe von gelieferten Sachen gefordert, so ist ein Hilfsantrag auf Wertersatz nach § 990 Abs 2 zulässig (RG Warn 1929 Nr 27). — Der Verzug wird begründet durch Mahnung oder durch Erhebung der Klage auf Herausgabe (§ 284 Abs 1). Doch ist auch für den unredlichen Besitzer ein Entlastungsbeweis nach § 285 denkbar; so wenn er zwar wußte, daß er zum Besitze nicht berechtigt war, aber gerade den Kläger in entschuldbarem Irrtum nicht für den Eigentümer hielt.

§ 991

Leitet der Besitzer das Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ab, so finden die Vorschriften des § 990 in Ansehung der Nutzungen nur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 990 auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist [1]).

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist [2]) [3]).

E I 932 Abs 2 II 905; M 3 406; P 3 341, 342; 6 388, 389.

1. Wird eine fruchttragende Sache von einem gutgläubigen Eigenbesitzer verpachtet, so erwirbt nach § 956 Abs 2 der Pächter das Eigentum an den Früchten, auch wenn er selber bezüglich des Rechtsmangels des Verpächters nicht in gutem Glauben ist. Das beruht auf Gründen der Vereinfachung des Sachenrechts und würde nach § 990 nicht hindern, daß der bösgläubige Pächter die Früchte dem Eigentümer der Sache herausgeben müßte. Hierdurch könnte aber der Verpächter in üble Lage geraten, wenn der Pächter gegen ihn den Rückgriff nehmen würde. Um ihn zu schonen, bestimmt § 991 Abs 1, daß ein Besitzmittler, der einem andern als dem Eigentümer den Besitz vermittelt, vor der Rechtshängigkeit gezogene Früchte oder sonstige Nutzungen aus dem Grunde der Bösgläubigkeit nur dann herauszugeben braucht, wenn auch der mittelbare Besitzer bösgläubig oder wenn dieser auf Herausgabe verklagt ist. Die Vorschrift dient also dem Schutze des gutgläubigen Verpächters. Indessen entzieht sie dem Eigentümer seinen Anspruch nicht nur dann, wenn der Pächter den Rechtsmangel des Verpächters grobfahrlässig verkannt, sondern auch dann, wenn er ihn gekannt hat, wenn ihm also ein Rückgriff auf den Verpächter nach §§ 539 Satz 1, 541, 581 Abs 2 gar nicht zustehen würde. Anderseits muß der Pächter zufolge § 987 diejenigen Nutzungen, die er nach der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs zieht, auf alle Fälle herausgeben, mögen die Voraussetzungen des § 987 bzw. § 990 zugleich dem Verpächter gegenüber vorliegen oder mag dieser gutgläubig und unverklagt sein.

2. War der mittelbare Besitzer zum Besitze nicht berechtigt oder hatte er zwar Besitzrecht, aber, z. B. als Entleiher (§ 603), keine Befugnis zur Überlassung des Besitzes an einen andern, so haftet der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer, wenn er beim Erwerbe bösgläubig war oder sein Nichtrecht später erfuhr, nach § 990. Ist er gutgläubig, so soll er nach § 991 Abs 2 dem Eigentümer gegenüber den im § 989 bezeichneten, also den durch sein Verschulden entstandenen Schaden insoweit vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verant-

wortlich ist. Das bedeutet im Vergleich zu der ohne diese Vorschrift ihm obliegenden Haftung aus § 823 (vgl. dazu § 992 A 2) eine Erleichterung, da ein unwirtschaftlicher Gebrauch der Sache auch dem Eigentümer gegenüber entschuldigt ist, wenn ihn der mittelbare Besitzer erlaubt hat, und da der Eigentümer auch insoweit gebunden ist, als der unmittelbare Besitzer sich dem mittelbaren gegenüber freigezeichnet hat. Anderseits kann es auch eine Erschwerung bedeuten, insofern der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer über die allgemeine Sorgfaltspflicht hinaus für die dem mittelbaren Besitzer zugesagte Beobachtung einer besondern Vorsichtsmaßregel einsteht. Außer dem Eigentümer hat möglicherweise auch der mittelbare Besitzer einen eigenen Schaden erlitten (z. B. der Mieter hat die Sache für kurze Zeit ohne Erlaubnis aftervermietet und kann sie, da der Aftermieter sie zerstört hat, für den Rest seiner Mietzeit nicht mehr benutzen); insoweit er Ersatz hierfür fordert, ist sein Anspruch von dem des Eigentümers unabhängig. Will er, weil seinerseits dem Eigentümer haftbar, dessen Interesse geltend machen, so muß er auf Leistung an den Eigentümer klagen. Ein so begründeter Anspruch läßt mittelbaren Besitzer und Eigentümer als unechte Gesamtgläubiger erscheinen. Solange der unmittelbare Besitzer vom Eigentümer nicht verklagt ist und seine Nichtberechtigung zum Besitze nicht erfahren hat, wird er durch Leistung an den mittelbaren Besitzer befreit. Obgleich ein Deliktsanspruch hier nicht in Frage steht, darf § 851 doch entsprechend angewendet werden.

3. Ist der unmittelbare Besitzer, der einem Dritten Besitz vermittelt, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt — sei es, daß der Dritte sowohl besitz- wie überlassungsberechtigt war, sei es, daß der unmittelbare sein Besitzrecht, z. B. Nießbrauch (vgl. § 1032), kraft guten Glaubens an das Eigentum des Dritten erworben hat —, so haftet er dem Eigentümer gemäß der allgemeinen für Fremdbesitzer geltenden Regel nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen, vgl. § 992 A 2. Zu beachten ist aber auch die dort gekennzeichnete, aus § 991 Abs 2 herzuleitende Ausnahme, namentlich soweit die oben in A 2 erwähnte Freizeichnung in Betracht kommt; a. M. **RG** 102, 44, doch ist diesem Urteil **RG** 105, 304 anscheinend bereits zweifelnd gegenübergetreten. Eine Erleichterung der Haftung greift außerdem insoweit Platz, als der Eigentümer bei Überlassung des Besitzes an den Dritten in sie eingewilligt hat. Das kommt in Betracht für Befreiungsklauseln und quantitative Herabminderungen der Haftung, die ein Spediteur in üblicher Weise dem Frachtführer zugesteht. Die Auslegung des Speditionsvertrags nach Treu und Glauben wird häufig eine Einwilligung in solche Zugeständnisse ergeben, wodurch auch der Eigentümer der Güter gebunden ist (vgl. **RG** 63 312; 75, 172; 77, 320; 102, 44).

§ 992

Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen [1]) [2]).

E I 935 II 906; M 3 410, 411; P 3 347, 348.

1. Die Vorschriften über unerlaubte Handlungen sollen anwendbar sein, wenn sich der Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch strafbare Handlung verschafft hat. Auf das Verschaffen des Besitzes durch verbotene Eigenmacht kommt es an (**RG** 56, 316; Warn 1920 Nr 251). Wer nachträglich in Beziehung auf sein Besitzrecht schlechtgläubig wird, fällt nicht unter § 992; vom Zeitpunkt der Bösgläubigkeit an sind dann § 990 Abs 1 Satz 2 und Abs 2 anzuwenden (**RG** DRZR 1933 Nr 1651). Verbotene Eigenmacht ist Entziehung der tatsächlichen Gewalt ohne den Willen des früheren Besitzers und ohne daß das Gesetz dies ausnahmsweise gestattete (vgl. § 858 Abs 1). Strafgesetz ist jede Gesetzesbestimmung, welche die Art, wie der Besitz verschafft wurde, im Interesse des Eigentümers mit öffentlicher Strafe bedroht; Zollvorschriften oder Vorschriften über Sonntagsruhe, Kettenhandel usw. sind nicht gemeint (**RG** 105, 86). Hauptsächlich kommen Betrug, Nötigung, Erpressung und Hehlerei als Straftaten in Betracht. In den meisten Fällen handelt derjenige, der sich den Besitz eigenmächtig oder in strafbarer Weise verschafft, zugleich dem Eigentümer gegenüber schuldhaft, so daß sich schon der Besitzerwerb als Entziehung des Besitzes durch Delikt darstellt. Trifft dies zu, so bedarf es keines weiteren Verschuldens bei der Beschädigung, Zerstörung oder Veräußerung der Sache, da der Besitzer bei deliktischer Besitzerlangung auch für Zufall haftet (§ 848). Möglich ist aber auch, daß die verbotene Eigenmacht oder die Straftat von keinem gegen den Eigentümer gerichteten Verschulden begleitet wird, indem sich der Täter ohne Fahrlässigkeit selbst für den Eigentümer ansieht. Alsdann muß die schuldhafte Verletzung des fremden Eigentums bei dem späteren Vorgange nachfolgen, denn § 992 nimmt nicht bloß wegen der Rechtsfolgen, sondern auch wegen der Voraussetzungen des Tatbestandes auf das Deliktsrecht Bezug (vgl. **RG** JW 05, 494[20]; **RG** 19. 4. 21 VII 410/20; zweifelnd **RG** Gruch 50, 677). Gleichwohl soll der Anspruch aus § 992 nicht ein Anspruch aus unerlaubter Handlung sein und nicht der kurzen Verjährung nach § 852 unterliegen, er soll vielmehr gleich den übrigen durch

§§ 985ff. geregelten Ansprüchen ein Ersatzanspruch wegen Eigentumsverletzung sein und erst in 30 Jahren verjähren (RG 117, 425; bedenklich). — Wer sich durch verbotene Eigenmacht in den Besitz einer Sache gesetzt hat, ist auch dann schadensersatzpflichtig, wenn er einen Anspruch auf Herausgabe der Sache hatte (RG 16. 6. 25 VI 36/25; RAG 5, 263). — Je nachdem die unerlaubte Handlung in der Besitzentziehung oder in der Beschädigung usw. der Sache liegt, haftet der Besitzer auf Ersatz des Schadens, der dem Eigentümer durch die eine oder die andere Handlung an seinem Eigentum (nicht bloß am Vermögen, HansGZ 1919 Beil 14) zugefügt wurde. An die Nutzungen, die er gezogen hat, während der Eigentümer nach seinen Verhältnissen dazu nicht imstande war, ist bei der Fassung des Gesetzes nicht gedacht. Ihre Herausgabe folgt auch nicht aus §§ 812, 818, 852, denn es ist nicht richtig, daß der Schaden die Bereicherung umfaßte (vgl. § 812 A 2 unter c). Gleichwohl werden die Nutzungen ungeschmälert herauszugeben sein, da das Gesetz die gewöhnliche Verpflichtung des Besitzers (vgl. § 987 A 2) im Falle des § 992 schwerlich so auffallend mildern wollte. Außerhalb der Voraussetzungen des § 892 kommt eine Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung nur in Frage, wenn der Besitzer in der Fruchtziehung die Grenzen seines vermeintlichen Besitzrechts überschritten und so eine schuldhafte Eigentumsverletzung verübt hat (RG DRZR 1933 Nr 1652). — Außer mit der Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung kann die Deliktshaftung auch mit der gesetzlichen Verpflichtung nach §§ 989ff. zusammentreffen, sofern der Besitzer in bösem Glauben oder die Vindikation rechtshängig ist. Dann gehen beide Ansprüche ihre eigenen Wege. Die Hauptvorteile, die die §§ 989ff. dem Eigentümer bieten, bestehen in der durch §§ 195, 224 bestimmten längeren Verjährung (§ 987 A 1, vgl. aber die oben angezogene Entscheidung RG 117, 424), sowie darin, daß der Besitzer genötigt ist, sich zu exkulpieren (§ 989 A 1). Auf der andern Seite kann mit dem Deliktsanspruch auch der durch Vorenthaltung der Sache entstandene Schaden geltend gemacht werden, was beim Ersatzanspruch aus dem Eigentum nur unter den Voraussetzungen des § 990 Abs 2 möglich ist (vgl. § 989 A 1); § 393 ferner schließt gegenüber dem Anspruch aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung die Aufrechnung aus, während solche gegen Ansprüche aus §§ 989ff. ungehindert stattfindet (vgl. OLG 29, 311).

2. Der § 992 läßt durch ein zweifelloses arg. e contrario erkennen, was sich auch aus § 993 ergibt, **daß in andern Fällen als denen der Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder strafbares Tun eine Deliktshaftung nicht stattfinden soll.** Das gilt aber nur, soweit es sich um Eigenbesitz handelt. Der Grund, der zu der Einschränkung der Deliktshaftung durch die §§ 989ff. geführt hat, ist die Erwägung quasi rem suam neglexit (vgl. § 987 A 1). Für den Fremdbesitzer, mag er zum Besitz berechtigt sein oder nicht, trifft dieser Grund nicht zu, denn er weiß, daß ihm sein wirkliches oder vermeintliches Besitzrecht eine Beschädigung der Sache nicht erlaubt. Nach einem einstimmigen Beschluß der 2. Kommission sollte denn auch „die Haftung des Besitzers, der nicht Eigenbesitzer ist, wegen verschuldeter Beschädigung unberührt bleiben" (Prot 3, 346f.); es ist nur ein Redaktionsversehen, daß dies im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist. Danach haften Fremdbesitzer dem Eigentümer nach § 823 Abs 1, mit einziger Ausnahme desjenigen, der Mittler eines Dritten ist und den Besitz gutgläubig auf Grund eines gültigen Vertrags erlangt hat; ein solcher Fremdbesitzer soll auch dem Eigentümer gegenüber in jeder Hinsicht so dastehen, wie wenn der Vertrag zwischen ihnen beiden geschlossen wäre (§ 991 Abs 2, vgl. dort A 2). Daß sich die Ausschließlichkeit des § 992 auf die Fälle des Eigenbesitzes beschränkt, wird bei den Formulierungen in RG 56, 316; JW 1910 S. 110[10], 754[16], Warn 1920 Nr 200, RG SeuffA 67 Nr 157 nicht beachtet. Sachlich hat aber auch das Reichsgericht schon längst Entscheidungen erlassen, die auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen. So hat es einen Vertragspfandgläubiger, der das verpfändete Warenlager unrechtmäßig, aber wirksam veräußerte, nach § 823 wegen leichter Fahrlässigkeit für schadensersatzpflichtig erklärt (RG 77, 201; vgl. dazu den Fall des OLG Karlsruhe SeuffA 70 Nr 186). Auch der Pfändungspfandgläubiger soll nach § 823 haften, wenn er leichtfahrlässig Sachen pfänden und versteigern läßt, die seinem Schuldner nicht gehören (vgl. RG 61, 430; JW 02, 10; 1911, 368[25]); übrigens würde die Haftung hier auch schon durch § 992 gedeckt sein, da die unberechtigte Pfändung verbotene Eigenmacht ist (RG JW 05, 494[20]). Ferner nimmt RG 102, 42 (vgl. 105, 304) für Lagerhalter, Spediteure und Frachtführer mit Bezug auf die in ihrem Gewerbebetriebe an sie gelangenden Sachen eine Obhuts- und Überwachungspflicht an, deren Verabsäumung sie den Eigentümern gegenüber, auch wenn diese nicht die Vertragsgegner sind, nach § 823 zu verantworten haben. Und allgemein bekennen sich neuerdings RG 101, 307; 106, 152; LZ 1931, 249 zu dem Grundsatz, daß der Fremdbesitzer wegen verschuldeter Sach- und Eigentumsbeschädigung schadensersatzpflichtig ist. In dem ersteren Falle hätte es dieser Begründung freilich kaum bedurft, denn es handelte sich um Unterschlagung anvertrauten Geldes, also um vorsätzliche und sittenwidrige Vermögensschädigung, die nach § 826 ohne Rücksicht darauf, ob zugleich Eigentum verletzt ist, zum Ersatz verpflichtet. — Mit dem Deliktsanspruch gegen den Fremdbesitzer wird häufig ein Vertragsanspruch auf Schadensersatz konkurrieren. Ist der Fremdbesitzer zum Besitze nicht berechtigt oder schrieb er sich eine weitergehende Besitzberechtigung zu, als er hat (vgl. § 989 A 1), so kann noch ein Schadensersatzanspruch aus dem Eigentum hinzukommen, so daß dann actio legis Aquiliae, actio locati (commo-

dati usw.) und rei vindicatio zusammentreffen. Alsdann muß die in § 558 (§§ 606, 1057, 1226) bestimmte kurze Verjährungsfrist des Vertragsanspruchs, da ihr Zweck sonst nicht erreicht werden könnte, auch auf die andern beiden Ansprüche angewendet werden (RG 62, 329; 66, 363; 75, 119), und ebenso ist die Milderung des Haftungsmaßstabs durch §§ 599, 690, die sonst gleichfalls bedeutungslos würde, auch auf diese Ansprüche zu beziehen (vgl. RG 88, 318; Vorbem vor § 823 A 4a).

§ 993

Liegen die in den §§ 987 bis 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so hat der Besitzer die gezogenen Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben; im übrigen ist er weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatze verpflichtet [1]).

Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, finden auf ihn die Vorschriften des § 101 Anwendung [2]).

E I 794 Abs. 2, 930 Abs. 1 II 907; M 3 75, 76, 401 ff.; P 3 24, 345—348, 371; 6 236; KB 128 u. 24.

1. **Die vorprozessuale Lage des redlichen Besitzers, der den Besitz entgeltlich und nicht nach Art des § 992 erworben hat, wird in § 993 abschließend zusammengefaßt.** Grundsätzlich soll er von der Haftung für Nutzungen und Schadensersatz befreit sein, so daß eine Verpflichtung weder aus dem Recht der unerlaubten Handlungen oder der ungerechtfertigten Bereicherung (vgl. RG JW 1912, 690[16]) noch aus den Vorschriften über Verzug oder Geschäftsführung ohne Auftrag hergeleitet werden kann. Zugleich wird durch die Fassung des Paragraphen und seine Stellung am Schlusse der Vorschriften zum Ausdruck gebracht, daß die in §§ 987 ff. geregelten Haftungsgründe, insbesondere die Unredlichkeit, der unentgeltliche Erwerb oder der Erwerb durch Eigenmacht oder strafbare Handlung, vom Kläger zu beweisen sind. Eine Ausnahme bildet die Haftung des Fremdbesitzers wegen Beschädigung der Sache. Sie ist zwar von den Redaktoren übersehen, muß aber nach § 992 A 2 für ebenso selbstverständlich gelten wie die Haftung kraft Vertrags, die doch gleichfalls nicht ausdrücklich vorbehalten ist. Ein Fremdbesitzer, der sich nicht im Rahmen seines wirklichen oder vermeintlichen Besitzrechts hält, sondern darüber hinaus in das Eigentum eingreift, macht sich also einer Eigentumsverletzung schuldig, für die er nach § 823 Abs 1 haftet. Für die Zeit seines berechtigten oder gutgläubigen Besitzes ist deshalb zu prüfen, ob er die oben bezeichneten Grenzen gewahrt hat (RG Recht 27 Nr 2219; DRZR 1933 Nr 1652). Die fernere Ausnahme, die § 993 besonders hervorhebt, bedeutet, wie in §§ 581, 1039, 2133, eine Korrektur der weiten Ausdehnung des Fruchtbegriffs im BGB. Hat der Besitzer einen Wald, einen Torfstich, ein Tonlager durch Raubbau ausgebeutet oder infolge eines Naturereignisses (Windbruch) übermäßig genutzt, so stellt das Gewonnene zwar nach § 99, nicht aber im wirtschaftlichen Sinne Frucht dar und ist deshalb in den Grenzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Zu beweisen hat der Kläger die Ziehung der Übermaßfrüchte, der Beklagte den Fortfall der Bereicherung. Die Vorschrift erstreckt sich nicht auf die sonstigen Nutzungen des § 100; für den Vorteil, der vor dem Prozeß durch unwirtschaftlichen Gebrauch der Sache erlangt ist, braucht der redliche Besitzer nichts zu ersetzen. — Durch § 993 wird es nicht ausgeschlossen, bei einer Berechnung der Bereicherung des Eigentümers zu berücksichtigen, daß ihm die Nutzungen entgangen sind, welche der Besitzer (Pächter) an sich behalten darf (RG 141, 310ff.). Daß in dem hier entschiedenen Falle der Pächter die Nutzungen doch wohl nicht behalten durfte, ist schon in A 2 zu § 990 hervorgehoben worden. — Wegen der Pflicht zur Rechnungslegung vgl. § 987 A 2. — Keine Ausnahme, weil mit Nutzungen und Schadensersatz überhaupt nicht zusammenhängend, ist die Bereicherungshaftung des Besitzers wegen Verbrauchs oder Veräußerung der Sache (RG Warn 1920 Nr 160; vgl. § 812 A 5, § 816 A 1—3). Wegen des in RG 105, 84 verwerteten Gesichtspunktes des Herausgabeersatzes (§ 281) vgl. § 985 A 5.

2. **Da dem Besitzer hiernach Nutzungen verbleiben, soll sich die Verteilung zwischen ihm und dem Eigentümer nach § 101 bestimmen.** Für die natürlichen Früchte (abgesehen von den in Abs 1 geregelten Übermaßfrüchten) kommt es somit darauf an, ob sie vor oder nach der Rechtshängigkeit bzw. dem Eintritt des bösen Glaubens von der Sache getrennt sind. Die bürgerlichen Früchte werden, wenn sie in wiederkehrenden Leistungen bestehen, nach Verhältnis der Dauer des vorprozessualen bzw. redlichen Besitzes zu der späteren Besitzzeit geteilt; trifft dies nicht zu, so entscheidet die Fälligkeit.

§ 994

[1]) **Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen [2]). Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen [3]).**

Macht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag [4]) [5]).

E I 936 Abs. 1, 2 II 908 Abs. 1; M 3 411—414; P 3 350—353, 372, 373; 6 237, 238.

1. Die §§ 994—1003 regeln die **Verwendungen des Besitzers auf die Sache.** Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die einer bestimmten Sache zugute kommen sollen und — regelmäßig — auch wirklich zugute kommen. Wer dem andern eine Garage vermietet, macht keine Verwendungen auf das Automobil eines Dritten, welches der Mieter in die Garage einstellt (JW 1932, 1228[4]). Körperliche Veränderungen der Sache sind nicht erforderlich; auch Auslagen anderer Art, wie namentlich die Bestreitung der Lasten der Sache (§ 995), gehören hierhin. Dagegen ist der für den Erwerb der Sache gezahlte Kaufpreis in der Regel keine Verwendung, da er der Sache nicht zugute kommt. Hat der Besitzer eine abhanden gekommene Sache in gutem Glauben gekauft oder verpfändet erhalten, so steht ihm ein Lösungsrecht gegen den Eigentümer nicht zu; anders nur nach den landesgesetzlichen Vorschriften über öffentliche Pfandleihanstalten (vgl. EG Art 94 Abs 2). Regelmäßig liegt auch keine Verwendung auf die Sache in der bloßen Tatsache ihrer Verwaltung durch den Besitzer. Vergütung dafür kann nicht gefordert werden, es sei denn, daß der Besitzer durch seine Dienste, die er sonst anderweit verwertet hätte, die Zuziehung fremder Hilfskräfte erspart hat (vgl. **RG** SeuffA 61 Nr 29; OLG 29, 354). — Die Rechte des Besitzers aus der Verwendung sind verschieden, je nachdem es sich um notwendige oder nicht notwendige Verwendungen, um Verwendungen, die ein redlicher Besitzer vor dem Prozeßbeginne gemacht hat, oder um solche des unredlichen bzw. des Prozeßbesitzers handelt (vgl. §§ 994—996, 999; wegen Verwendungen auf die Früchte s. § 998). Grundsätzlich mindern die Verwendungen die herauszugebenden Werte. Daher bestehen die Rechtsbehelfe, die aus Anlaß von Verwendungen gegeben werden, regelmäßig nur in einem Recht der Wegnahme (§ 997), der Zurückbehaltung (§ 1000) und der Befriedigung aus der Sache selbst (§ 1003). Unter bestimmten Voraussetzungen aber, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt, wird dem Besitzer auch ein selbständiger klagbarer Ersatzanspruch gewährt (§§ 1001, 1002). — Nicht nach §§ 994ff. richten sich die Rechte des Besitzers wegen Verwendungen, die er kraft Vereinbarung mit dem Eigentümer macht. Hier gelten die vertraglichen Abmachungen oder, wenn der Vertrag nichtig ist, die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung (**RG** JW 1912, 691[16]). Das beruht darauf, daß der Anspruch des Verwendungsberechtigten nur schuldrechtlich ist und eine besonders vereinbarte schuldrechtliche Regelung ohne weiteres vorgeht (**RG** 71, 426; 142, 422; JRdsch 1926 Nr 1021). Desgleichen müssen die §§ 994ff. zurücktreten hinter die ergänzenden Vorschriften, die das Gesetz für gewisse Fälle des Fremdbesitzes gibt. Nach § 556 Abs 2 hat der Mieter eines Grundstücks kein Zurückbehaltungsrecht, gleichviel ob der Vermieter die Vertragsklage oder den Eigentumsanspruch geltend macht (a. M. **RG** 85, 137; JW 07, 100[2]). Inhaltlich bestimmt sich ferner der Verwendungsersatz des Nießbrauchers nach § 1049, der des Pfandgläubigers nach § 1216. Diese beiden Vorschriften sind auch dann anzuwenden, wenn Nießbrauch und Pfandrecht, etwa infolge Geschäftsunfähigkeit des die Rechte bestellenden Eigentümers, nicht wirklich entstanden sind. Auch der redliche Pfandbesitzer kann daher für Verwendungen, selbst wenn sie notwendig waren und vor dem Prozesse vorgenommen sind, Ersatz nur nach den Regeln über unbeauftragte Geschäftsführung fordern, und daran ändert es auch nichts, daß bei Gültigkeit des Pfandrechts der Ersatzanspruch des Pfandgläubigers nach § 1216 gegen den vom Eigentümer vielleicht verschiedenen Verpfänder geht. — Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 320 begründet keine weiteren Verwendungsansprüche, als ohnehin gegeben, z. B. keine Ansprüche auf Lagergeld (**RG** JRdsch 1926 Nr 1021). — Über die Verzinsungspflicht des Eigentümers und die Pflicht zur Befreiung von Verbindlichkeiten vgl. §§ 256, 257. Entsprechende Anwendung der §§ 994ff. in den Fällen der §§ 292, 347, 850, 972, 974, 2022, 2185.

2. **Notwendige Verwendungen, die ein redlicher Besitzer vor der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs macht und die nicht in den gewöhnlichen Erhaltungskosten bestehen, sind ihm schlechthin zu ersetzen** (Abs 1). Ob der Wert der Sache zu der Zeit, da der Eigentümer sie wiedererlangt, noch erhöht ist oder nicht, ist gleichgültig. Das Gesetz geht davon aus, daß notwendige Verwendungen dem Eigentümer die entsprechenden eigenen Auslagen erspart haben und er deshalb auf alle Fälle bereichert ist, auch wenn er bei Wiedererlangung des Besitzes keine

Werterhöhung mehr vorfindet (RG 139, 357; JW 1930, 2655[1]). Für den Ersatzanspruch verschlägt es auch nichts, daß die Verwendungen auf einem Vertrage mit einem Dritten, z. B. einem Werkvertrage, beruhen, aus welchem der Dritte dem Verwender haftet (RG 142, 422; 19. 12. 33 VII 248/33; Gruch 57, 998). Anders, wenn der Anspruch gegen den Dritten bereits befriedigt ist; dann kann der Eigentümer dem Verwendungsanspruch die Einrede der Arglist entgegensetzen (RG 142, 422). Notwendig ist eine Verwendung, wenn sie zur Erhaltung oder zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung der Sache erforderlich ist (RG JW 1930, 2655[1]). Es handelt sich nicht nur um Ausbesserungen, sondern auch um Neuanlagen, wie die Errichtung von Zäunen, Mauern, Dämmen, Scheunen. Nicht bloß die körperliche Sache als solche ist in Betracht zu ziehen, sondern auch das lebenswichtige Interesse des Betriebs, in dessen Zweck die Sache (das Grundstück) gestellt ist. Was diesen Betrieb am Leben erhält oder so ausgestaltet, daß er nutzbringend bleibt, ist notwendig. Unter Umständen kann für eine Schankwirtschaft ein Erweiterungsbau zur Schaffung von Gastzimmern notwendig sein (RG 117, 115). Ebenso die Umwandlung einer Spritfabrik in eine solche für Schrauben und Muttern, wenn der Eigentümer selbst beabsichtigt, das Grundstück nach seiner Wiedererlangung in der neuen Art zu benutzen, RG 139, 357. Dagegen sind bauliche Umgestaltungen einer Dampfsägemühle, um sie einer andersartigen Fabrikanlage des Besitzers einzugliedern, keine notwendigen Verwendungen (RG JW 1930, 2655[1]). Der Begriff ist ein objektiver; auf die Auffassung des Verwendenden kommt es nicht an (OLG 15, 358). Daß die in § 994 Abs 1 Satz 2, § 995 genannten Erhaltungskosten und Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten der Sache zu den notwendigen Verwendungen gehören, geht aus dem Gesetze unmittelbar hervor.

3. Die **gewöhnlichen Erhaltungskosten,** d. h. die regelmäßig wiederkehrenden Ausgaben, die nach einem Voranschlag von vornherein in Rechnung gestellt werden (Viehfutterkosten, RG 52, 166; laufende Arbeitslöhne, RG Gruch 47, 940), erscheinen als Gegenstück der Nutzungen und werden daher dem Besitzer, dem solche verbleiben, nicht erstattet. Dies gilt auch dann, wenn die Erhaltungskosten den Betrag der Nutzungen übersteigen; die Vorteilsausgleichung findet summarisch statt. Nicht einmal das ist nötig, daß Nutzungen tatsächlich gezogen sind; entscheidend ist nur, daß die Sache überhaupt solche abwirft (OLG 41, 160) und daß der Besitzer nach den §§ 987ff. ein Recht auf sie hat. Danach bezieht sich die Bestimmung auf den redlichen, unverklagten Besitzer, der entgeltlich erworben hat, sowie auf dessen unredlichen Besitzmittler. Nur solche Besitzer dürfen (abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Übermaßfrüchten des § 993 Abs 1) die etwa gezogenen Nutzungen behalten. Unredliche, nicht unter § 991 Abs 1 fallende Besitzer, desgleichen Prozeßbesitzer müssen die Nutzungen herausgeben; daher ist es in der Ordnung, daß ihnen anderseits auch selbst die gewöhnlichen Erhaltungskosten ersetzt werden. Der redliche Besitzer, der den Besitz unentgeltlich erlangt und Nutzungen vor dem Prozesse gezogen hat, rechnet die laufenden Ausgaben auf die nach § 988 herauszugebende Bereicherung an. Durch freiwillige Überlassung der Nutzungen kann sich der Eigentümer von der Ersatzpflicht nicht befreien. — Außergewöhnliche Erhaltungskosten (z. B. Erneuerungsbauten) sind allen Besitzern ohne Rücksicht auf die Nutzungen zu vergüten (vgl. auch § 995 Satz 2).

4. **Notwendige Verwendungen, die der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder in bösem Glauben macht, erhält er nur nach den Grundsätzen über auftraglose Geschäftsführung (§§ 683, 684) ersetzt.** Es genügt also nicht die Notwendigkeit nach allgemeinen wirtschaftlichen Anforderungen. Vielmehr müssen die Verwendungen, sofern sie nicht zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Pflicht des Eigentümers erforderlich oder von ihm genehmigt sind, seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprechen; ist dies nicht der Fall, so wird nur die Bereicherung ersetzt. Dabei beweist aber weder bereits die Rechtshängigkeit noch der Rückforderungsanspruch des Eigentümers noch der Umstand, daß er nicht die nötigen Mittel besessen hätte, um die Verwendungen vorzunehmen, daß diese seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen nicht entsprochen hätten (RG HRR 1929 Nr 303). Hat der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit nach § 994 Abs 2 erstattungsfähige Verwendungen gemacht und anderseits Nutzungen gezogen, die er nach § 987 herausgeben muß, so hat er deswegen doch die Verwendungen aus eigenen Mitteln gemacht, da die Nutzungen in sein Eigentum übergegangen waren. Hier ist eine Aufrechnung von Forderung und Gegenforderung möglich und nötig. Unter Umständen kann der Eigentümer aber der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 1000) durch den Besitzer mit einer Arglisteinrede begegnen, namentlich wenn die Kosten der Verwendungen durch die gezogenen Nutzungen sicher gedeckt sind, eine Aufrechnung aber noch nicht erklärt ist (RG JW 1928, 2437[3]). Über den Begriff des bösen Glaubens vgl. § 990 A 2, 3. Der Handwerker, der die Sache zur Ausbesserung erhält, ist nicht deshalb bösgläubig, weil er weiß, daß der Besteller sie gemietet hat (RG Gruch 57, 999). Der besitzende Käufer kann gutgläubig sein, obgleich er das Bestehen eines Vorkaufsrechts kennt (OLG 29, 354). — Da der Prozeßbesitzer und der unredliche Besitzer nicht besser gestellt sein können als der redliche nichtrechtshängige Besitzer, müssen auch sie trotz der räumlichen Stellung der Vorschrift sich die Anrechnung der Nutzungen nach Abs 1 Satz 2 gefallen lassen (OLG 41, 160). — Wegen Anwendung des § 994 auf das Verhältnis zwischen dem wahren Eigentümer und dem Bucheigentümer vgl. RG 133, 273.

5. Beweislast. Der Besitzer hat die Verwendungen, ihren Wert und ihre Notwendigkeit zu beweisen. Der Eigentümer kann dagegen dartun, daß es sich nur um gewöhnliche Erhaltungskosten handelt oder daß die Verwendung nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder des bösen Glaubens stattgefunden hat. Macht dann der Besitzer geltend, daß gleichwohl nach Abs 2 ein Anspruch begründet ist, so hat wiederum er dies zu beweisen.

§ 995

Zu den notwendigen Verwendungen im Sinne des § 994 gehören auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, sind ihm nur die Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind [1]).

E II 909; P 3 353, 354, 37.

1. Der § 995 zieht eine Folgerung aus § 994. Daß zu den notwendigen Verwendungen auf die Sache auch die Aufwendungen zur Bestreitung ihrer **Lasten** gehören, wird hier wie in § 2022 Abs 2, § 2185 besonders hervorgehoben. Eine Begriffsbestimmung der „Lasten" in RG 66, 318. a) Den „gewöhnlichen Erhaltungskosten" des § 994 Abs 1 Satz 2 entsprechen die gewöhnlichen Lasten, öffentlich-rechtliche und privatrechtliche, z. B. die Jahressteuern der Sache (Staats- und Gemeindegrundsteuern usw.), die Zinsen der auf ihr ruhenden Hypotheken und Grundschulden, die einzelnen Reallast- oder Rentenleistungen. Sie erscheinen als Minderung der Nutzungen, aus denen sie zu decken sind, und sind daher dem redlichen vorprozessualen Besitzer (Genaueres s. § 994 A 3), da er die Nutzungen behalten darf, nicht zu ersetzen. Doch kann nach § 1047 der Nießbraucher (und deshalb auch der redliche Nießbrauchsbesitzer, § 994 A 1) Ersatz für solche privatrechtliche Lasten verlangen, die erst nach der Nießbrauchsbestellung auf die Sache gelegt wurden. Kehren die Lasten regelmäßig wieder, so hat sie für die Zeit bis zur Bösgläubigkeit oder bis zum Prozeßbeginn der Besitzer, für die Zeit nachher der Eigentümer zu tragen; sind sie nur beim Eintritt besonderer Ereignisse zu entrichten, so entscheidet die Fälligkeit (§ 103). b) Den Gegensatz zu den gewöhnlichen bilden die „außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind" (d. h. die kapitalmindernden, diejenigen, die nicht aus den Erträgnissen bestritten werden sollen, vgl. Mot 3, 516). Hat der redliche Besitzer vor dem Prozesse derartige Lasten getilgt, so gebührt ihm stets Ersatz, mag es sich um öffentliche Lasten handeln (z. B. um besondere Kriegsleistungen, einmalige Abgaben zur Straßenanlegung, Kanalisation) oder um privatrechtliche (Rückzahlung des Hypotheken- oder Grundschuldkapitals, Anerbenabfindung usw.). Ähnliche Bestimmungen, zum Teil in ungenauerer Fassung, finden sich in §§ 1047, 1385 Nr 1 (1654), 2126, 2379. — Der unredliche Besitzer und der Prozeßbesitzer haben Anspruch auf Ersatz von Lasten jeder Art, aber nur nach dem Recht der unbeauftragten Geschäftsführung (vgl. § 994 A 4).

Kommt nach RG 133, 287 § 995 in Verbindung mit § 994 Abs 2 zur Anwendung auf den Bucheigentümer, so hat ihm der wahre Eigentümer die gezahlten Hypothekenzinsen zu erstatten, da ihre Zahlung dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Eigentümers entsprach; sonst droht Zwangsversteigerung.

§ 996

Für andere als notwendige Verwendungen [1]) kann der Besitzer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit und vor dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt [2]) [3]).

E I 936 Abs 1, 2 II 908 Abs. 2; M 3 411; P 3 350—353.

1. **Andere als notwendige Verwendungen,** mithin impensae utiles und voluptuariae. Erstere, die nützlichen Verwendungen (Meliorationen), sind solche, die, ohne notwendig zu sein (vgl. § 994 A 2), den objektiven Wert der Sache (nicht gerade den Vorteil des konkreten Eigentümers) erhöhen, sei es durch Steigerung des Verkaufswerts, sei es durch Kräftigung der Einkommensfähigkeit. Indem das Gesetz zwischen dieser Art der Verwendungen und den wirtschaftlich unnützen Luxusausgaben nicht unterscheidet, bestimmt es, daß unredliche Besitzer und Prozeßbesitzer für nichtnotwendige Verwendungen überhaupt keinen Ersatz erhalten sollen, auch nicht einmal nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Nur das Wegnahmerecht des § 997 steht ihnen offen.

2. Dem redlichen Besitzer, der nichtnotwendige Verwendungen vor der

Rechtshängigkeit der Eigentumsklage vorgenommen hat, wird ein Ersatzrecht gewährt. Voraussetzung ist aber, daß die Verwendungen **den Wert der Sache erhöht** haben (impensae utiles, vgl. A 1) und daß **die Erhöhung** noch zu der Zeit, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt, **fortdauert.** Nur der in diesem Augenblick vorhandene Mehrwert kann verlangt werden, und anderseits der Mehrwert nur insoweit, als er den Betrag der Verwendung nicht übersteigt (vgl. RG 106, 149). Fällt die Werterhöhung vor der Rückgabe der Sache fort, so ist das Ersatzrecht ausgeschlossen; der Besitzer trägt insofern die Gefahr. Doch entscheidet statt der Wiedererlangung der etwaige frühere Zeitpunkt, zu dem der Eigentümer in Annahmeverzug gerät oder die Verwendungen genehmigt (vgl. § 300 Abs 1, § 1001). Sind die Beziehungen des Besitzers zu dem Eigentümer durch einen Vertrag geregelt, so ist § 996 unanwendbar; der Vertrag des Besitzers mit einem Dritten bleibt aber außer Betracht, soweit nicht ausnahmsweise eine Arglisteinrede begründet ist, vgl. A 1 und 2 zu § 994. — Der Wert des Holzes wird durch das Schneiden in der Mühle erhöht (RG Warn 1929 Nr 180).

3. Zu beweisen hat der Besitzer sowohl den Wert der Verwendung als auch den Betrag, um den durch sie der Wert der Sache im maßgebenden Zeitpunkte (A 2) erhöht war. Dagegen liegt der Beweis, daß die Verwendung erst nach dem Eintritt der Bösgläubigkeit oder der Rechtshängigkeit vorgenommen wurde, dem Eigentümer ob.

§ 997

[1]) Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen [2]). Die Vorschriften des § 258 finden Anwendung.

Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nach § 994 Abs 1 Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde [3]) [4]).

E I 936 Abs. 3 II 910; M 3 414; P 3 354—357, 373; 6 238, 239.

1. Hat ein Besitzer mit der herauszugebenden Sache eine eigene verbunden, ohne sie zu einem wesentlichen Bestandteile (§§ 93, 94) der andern zu machen, so ist sein Eigentum unberührt geblieben. Nach § 985 kann er seine Sache wegnehmen oder, wenn er sie mit der andern an deren Eigentümer herausgegeben hat, von diesem zurückfordern. Hierüber hinaus gewährt § 997 ein **Wegnahmerecht** (jus tollendi) auch in dem Falle, **wenn die verbundene Sache zum wesentlichen Bestandteil der andern geworden,** mithin (vgl. §§ 946, 947 Abs 2) in das Eigentum des Herrn der Hauptsache gelangt ist. Immer aber ist daran festzuhalten, daß § 997 dem Besitzer nur ein Gegenrecht verleiht, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder doch zurückfordert. Gegenüber einer Klage aus §§ 946, 951 kann eine Einrede aus § 997 Abs 2 nicht erhoben werden (RG Gruch 67, 316). Die Wegnahme nach § 997 Abs 1 enthält außer der Trennung eine Aneignung; anderseits ist sie ausgeschlossen, wenn eine der drei in Abs 2 genannten Ausnahmen vorliegt. Mag indes durch die Verbindung ein wesentlicher Bestandteil geschaffen sein oder nur ein unwesentlicher, der aber als Einrichtung der Sache dauernd erkennbar blieb; immer muß nach § 258 der wegnehmende Besitzer die Hauptsache auf seine Kosten in den vorigen Stand setzen, während der Eigentümer, der sie zusammen mit der andern Sache wiedererlangt, die Wegnahme erst nach Sicherheitsleistung zu gestatten braucht. Beide Fälle (der des § 997 und der nur unter § 258 gehörige, wo ein wesentlicher Bestandteil nicht entstanden ist) stimmen ferner darin überein, daß das Wegnahmerecht dem Besitzer ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben zusteht. Auch die sonstigen Verschiedenheiten im Besitz spielen keine Rolle, nur daß natürlich ein mittelbarer Besitzer nicht zur eigenmächtigen Wegnahme, sondern nur zur Erhebung des Anspruchs nach § 258 Satz 2 imstande ist. Desgleichen kann es in beiden Fällen vorkommen, daß nach § 994 oder § 996 mit dem Wegnahmerecht ein Recht auf Verwendungsersatz zusammentrifft. Der Besitzer hat dann die Wahl, welches Recht er geltend machen will. Kann die Verbindung nicht als Verwendung auf die herauszugebende Sache aufgefaßt werden, so ist er auf das Wegnahmerecht beschränkt, wie dies vom unredlichen Besitzer und vom Prozeßbesitzer auch dann gilt, wenn sich die Verbindung zwar als Verwendung, aber nicht als notwendige Verwendung darstellt (vgl. § 996 A 1). Eine Zeitgrenze ist für das Wegnahmerecht des § 997 so wenig vorgesehen wie für das des § 258. Eine entsprechende Anwendung des § 1002 läßt sich nicht begründen (vgl. SeuffA 68 Nr 235). Anders verhält es sich für die Vorschriften des § 999, die auch für das Wegnahmerecht unentbehrlich sind (vgl. dort A 3). — Wo Vertrag oder Gesetz ein erweitertes Wegnahmerecht verleihen, greifen die Ausnahmen des § 997 Abs 2 nicht Platz. Gesetzliche Bestimmungen dieser Art s. in §§ 500, 547 (581), 601, 1049 (1093), 1216, 2125.

2. Das **Aneignungsrecht** bedeutet die Befugnis, durch Abtrennung und Besitzergreifung Eigentum an dem bisherigen wesentlichen Bestandteil zu erwerben. Dabei wird jedoch voraus-

gesetzt, daß die abzutrennende Sache vor der Verbindung dem Besitzer gehörte; trifft dies nicht zu, so ist nach § 951 Abs 2 Satz 2 ihr früherer Eigentümer derjenige, dem das Aneignungsrecht zusteht. Das Verhältnis zwischen dieser Bestimmung und § 997 darf nicht etwa so gedacht werden, als ob auch § 951 das Aneignungsrecht auf den Besitzer der Hauptsache beschränkte und es ihm selbständig nur für den Fall einräumte, wenn die abzutrennende Sache, ohne von ihm selber verbunden zu sein, ihm gehört hat. Vielmehr erlaubt § 951 dem früheren Eigentümer die Aneignung allgemein, gleichviel wie und von wem die Verbindung vorgenommen war, und ohne Rücksicht darauf, ob er die Hauptsache jemals besaß (vgl. RG 63, 422). Beide zugleich aber, der frühere Eigentümer und ein davon verschiedener Besitzer, können nicht wohl aneignungsberechtigt sein. — Solange der Besitzer die Hauptsache noch nicht an deren Eigentümer herausgegeben hat, wirkt das Recht gegen jedermann. Der Gestattungsanspruch des § 258 Satz 2 hat obligatorische Natur; Schuldner ist der Eigentümer der Hauptsache zur Zeit der Verbindung (RG 63, 422). Da der Eigentumserwerb erst durch die Besitzergreifung erfolgt, kann ein Geschäftsunfähiger das Aneignungsrecht nicht selbständig ausüben (vgl. § 872 A 1).

3. **Das Wegnahmerecht ist ausgeschlossen:** a) wenn die Verbindung zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehört (Dachreparatur usw.) und vom redlichen Besitzer vor der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs vorgenommen wurde. Dies aus dem Grunde, weil alsdann die Verwendung durch die dem Besitzer verbleibenden Nutzungen ausgeglichen wird (vgl. § 994 A 3); b) wenn die Abtrennung für den Besitzer keinen Nutzen hat. Die Vorschrift geht weiter als das allgemeine Schikaneverbot des § 226: es genügt, wenn im gegebenen Fall kein Interesse (auch kein Affektionsinteresse) an der Abtrennung besteht; c) wenn dem Besitzer der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Trennung für ihn haben würde. Ob der Eigentümer oder jemand anders den Wert ersetzt, ist gleichgültig. Durch die Leistung des Ersatzes oder, wenn die Annahme grundlos abgelehnt wird, durch das erfolglose Angebot wird die Entstehung des Wegnahmerechts verhindert. Häufig wird der Besitzer nach Treu und Glauben verpflichtet sein, den Eigentümer vor der Abtrennung zur Ersatzleistung aufzufordern. Um das Wegnahmerecht auszuschließen, braucht nur der Wert des Bestandteils nach der Trennung ersetzt zu werden, nicht die höhere Summe, die der Besitzer etwa nach § 994 oder § 996 fordern kann. Doch kommt es auf den Wert an, den der Bestandteil „für ihn" haben würde, so daß seine persönlichen Verhältnisse und selbst ein Liebhaberwert zu berücksichtigen sind. Die Abtrennungs- und Wegschaffungskosten, die ja tatsächlich nicht entstehen, sind bei Ermittlung des Wertes nicht zu berücksichtigen (RG 106, 149).

4. Das Wegnahmerecht bezieht sich auch auf **Bäume und Pflanzen,** die der Besitzer in ein fremdes Grundstück eingepflanzt hat. Hierbei ist zu beachten, daß eine durch die Einpflanzung herbeigeführte Wertsteigerung der Pflanzen als Nutzung des Grundstücks erscheint. Nach §§ 987, 990 haben Prozeßbesitzer und unredliche Besitzer auf die Nutzungen keinen Anspruch. War daher der Besitzer bösgläubig oder nahm er die Einpflanzung erst nach der Rechtshängigkeit vor, so kann sein Wegnahmerecht durch einen Entschädigungsanspruch des Grundeigentümers beschränkt werden. Insbesondere hat dieser, wenn er von der Lösungsbefugnis des Abs 2 Gebrauch macht, dem Besitzer nur den Wert zu ersetzen, den die Pflanze vor ihrer Verbindung mit dem Grundstücke hatte.

§ 998

Ist ein landwirtschaftliches Grundstück herauszugeben, so hat der Eigentümer die Kosten, die der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen [1]).

E II 911; P 3 357, 373.

1. **Verwendungen des Besitzers auf herauszugebende Früchte** werden aus volkswirtschaftlichen Gründen in höherem Maße begünstigt als solche auf die Sache (das Grundstück) selbst. Ohne daß es auf seinen guten oder bösen Glauben oder auf die Rechtshängigkeit oder Nichtrechtshängigkeit der Klage ankommt, sind sie ihm insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. Für den Fall, daß die Früchte bereits getrennt sind, wird dies in § 102 schlechthin angeordnet (vgl. dort A 2—5). Für den Wert der Früchte ist der Zeitpunkt der Herausgabe entscheidend, § 996. Auch noch nicht ausgereifte Früchte oder gar noch nicht aufgegangene Saaten sind in ihrem Gegenwartswert ohne Willkür schätzbar. Ein Sachverständiger kann angeben, was nach der Ernte voraussichtlich vorhanden und was es wert sein wird. Davon sind die Kosten abzuziehen, die zur weiteren Pflege der Frucht und zu ihrer Aberntung noch notwendig sein werden. — Sind die Früchte noch nicht getrennt und als Bestandteile des Grundstücks mit diesem herauszugeben, so schreibt § 998 den

Kostenersatz vor, jedoch muß es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück handeln und die Früchte müssen nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft noch vor dem Ende des laufenden Wirtschaftsjahres zu trennen sein. Über den Begriff des landwirtschaftlichen Grundstücks s. § 582 A 1. Der Anfang des Wirtschaftsjahres richtet sich nach dem örtlichen Herkommen und ist nicht nur für jede Gegend, sondern auch für jede Fruchtart einheitlich zu bestimmen. Die Bedenken, welche gegen die Berücksichtigung der einzelnen Fruchtarten noch in der vorigen Auflage geäußert wurden, werden angesichts der überzeugenden Darlegungen in RG 141, 227 ff. fallen gelassen. Der Ausdruck „Wirtschaftsjahr" ist unglücklich gewählt, er kann aber nicht das übliche Rechnungs- und Betriebsjahr der Landwirtschaft bedeuten, weil dieses noch vor der Ernte abläuft und bei solcher Auslegung kaum jemals Bestellungskosten nach § 998 zu erstatten wären. „Wirtschaftsjahr" muß also das seit der Bestellung der einzelnen Fruchtarten laufende Jahr bezeichnen. — Die Einschränkung, daß die Früchte vor dem Ende des Wirtschaftsjahres trennbar sein müssen, wird besonders praktisch bei Früchten mit mehrjähriger Fruchtperiode. Statt des Wirtschaftsjahres entscheidet für den Pächter des Pachtjahr (§ 592), was auf den Nießbraucher, ehemännlichen und elterlichen Nutznießer sowie auf den Vorerben entsprechend anzuwenden ist (vgl. §§ 1055, 1421, 1663, 2130). Aus der Stellung des § 998 in dem Abschnitt über Verwendungen auf die Sache ergibt sich aber, daß das Ersatzrecht des Besitzers, abweichend von den soeben angezogenen Vorschriften und von § 102, nur nach Maßgabe der §§ 1000—1003 geltend gemacht werden kann.

§ 999

Der Besitzer kann für die Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfang Ersatz verlangen, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte [1]).

Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatze von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat [2]) [3]).

E I 937 II 912; M 3 416; P 3 357—359, 373.

1. **Nicht nur der Erbe (§ 857), sondern auch der Einzelnachfolger des Besitzers kann für Verwendungen seines Rechtsvorgängers Ersatz fordern.** Zur Einzelnachfolge gehört ein zwischen dem Vorbesitzer und dem gegenwärtigen Besitzer geschlossenes, der Besitzübertragung zugrunde liegendes Veräußerungsgeschäft. Durch Vorgänge lediglich wirtschaftlicher Art oder durch eine rechtsirrige Annahme der Beteiligten, kann das Veräußerungsgeschäft nicht ersetzt werden (RG 129, 204). Veräußert also der Besitzer die Sache und erwirbt der neue Besitzer kein Eigentum, weil der Veräußerer Nichteigentümer war, so geht wenigstens das Recht des Veräußerers, Ersatz zu verlangen, auf ihn über. Doch kann der Übergang durch Vertrag ausgeschlossen werden. Keine Rechtsnachfolge liegt in der Begründung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen ein Dritter als unmittelbarer Besitzer dem bisherigen unmittelbaren und nunmehrigen mittelbaren Besitzer den Besitz vermittelt. Daher steht dem unmittelbaren Besitzer ein Ersatzanspruch wegen der Verwendungen des mittelbaren Besitzers nicht zu. Macht er nach § 986 Abs 1 Satz 1 (vgl. dort A 1) dessen Zurückbehaltungsrecht (§ 1000) geltend, so ist er zur Herausgabe Zug um Zug gegen Befriedigung des mittelbaren zu verurteilen. Der Ersatzanspruch geht in demselben Umfang über, in welchem er in der Person des Vorbesitzers begründet ist. Hatte der Vorbesitzer infolge seiner Gutgläubigkeit für nützliche Verwendungen Ersatz zu verlangen (§ 996), so kommt dies auch dem neuen Besitzer zugute, mag er selber auch bösgläubig sein. — Selbständig abtretbar ist nur ein nach den Vorschriften des § 1001 einklagbar gewordener Ersatzanspruch; bedenklich deshalb RG 129, 205.

2. **Passiv erstreckt sich die Verpflichtung des Eigentümers auch auf die Verwendungen, die zur Zeit des früheren Eigentümers gemacht wurden.** Außer für die Erbfolge und die Auflassung von Grundstücken hat das Bedeutung für die Fälle, wenn eine bewegliche Sache nach § 931 oder durch constitutum possessorium des mittelbaren Besitzers veräußert wird. Das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers würde in diesen Fällen schon aus § 986 Abs 2 folgen (vgl. dort A 4). Eine Ausnahme von dem Eintragungsprinzip bei Grundstücken liegt ebensowenig vor wie bei den Vorschriften der §§ 571 ff.; der § 892 ist nicht anwendbar. Wegen der Haftung des früheren Eigentümers gegenüber dem jetzigen bei entgeltlicher Veräußerung der Sache vgl. §§ 434, 445. — Der Sinn der Bestimmung ist nur der, daß die Zeit der Verwendung gleichgültig sein soll; um einen Eintritt in die Verpflichtung des früheren Eigentümers handelt es sich nicht. Hat der frühere Eigentümer, aber nicht der jetzige, der die Sache wiedererlangte, die Verwendungen genehmigt, so ist letzterer nach § 1001 Satz 2 noch immer befugt, sich durch Rückgabe zu befreien. Anderseits haftet der frühere Eigentümer trotz der Veräußerung aus seiner Genehmigung weiter; er wird nur frei, wenn er weder genehmigt noch die Sache wiedererlangt hat. Nimmt

er die Veräußerung erst nach der Wiedererlangung vor, so ist er allein der Verpflichtete; § 999 Abs 2 greift dann überhaupt nicht Platz. — Im Falle des § 994 Abs 2 (notwendige Verwendungen, die der Besitzer nach der Rechtshängigkeit oder in bösem Glauben macht) kommt es für die Frage, ob die Verwendungen dem Willen des Eigentümers gemäß sind (§ 683), auf die Person desjenigen an, der zur Zeit ihrer Vornahme Eigentümer war. — Auf eine Dinglichkeit des Verwendungsanspruchs darf aus § 999 Abs 2 nicht geschlossen werden (vgl. RG 71, 427; Gruch 57, 998). Im Konkurse des Eigentümers ist nur eine Konkursforderung verfolgbar, mit Absonderungsrecht nur nach Maßgabe des § 49 Nr 3 KO. Bei der Grundstückszwangsversteigerung gehört der Verwender nicht zu den Beteiligten im Sinne des ZVG § 9 Nr 2 (vgl. § 1000 A 2, § 1003 A 1), und ausdrücklich bestimmt ZVG § 93 Abs 2, daß der Ersteher Verwendungen, die vor dem Zuschlage gemacht sind, nicht zu ersetzen braucht. Verwendungen nach dem Zuschlage ersetzt er nach den allgemeinen Bestimmungen, also, soweit es sich nicht um notwendige Verwendungen handelt (§§ 994, 995), nur dann, wenn sie der Verwender in gutem Glauben vor Zustellung der Vollstreckungsklausel oder der auf ihre Erteilung gerichteten Klage gemacht hat und wenn zugleich der Wert der Sache noch zur Zeit der Herausgabe erhöht ist (§ 996). Ähnlich wie mit dem Ersteher verhält es sich mit demjenigen, zu dessen Gunsten etwas enteignet wird. Er erwirbt den enteigneten Gegenstand grundsätzlich frei von Verpflichtungen; der Besitzer muß seine Ansprüche als Nebenberechtigter im Enteignungsverfahren geltend machen.

3. Beide Absätze des § 999 sind nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch auf das **Wegnahmerecht** des Besitzers (§ 997) zu beziehen. Insbesondere richtet sich auch dieses Recht gegen den jeweiligen Eigentümer, ohne jedoch in der Zwangsversteigerung des Grundstücks ein Widerspruchsrecht zu geben oder gegen den Ersteher zu wirken. Im Konkurse ist das Wegnahmerecht ausgeschlossen. Eine Aussonderung des wesentlichen Bestandteils ist nicht möglich, da Trennung und Aneignung durch KO § 15 verhindert werden.

§ 1000

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat [1] [2].

E I 938 Abs 2, II 913 Abs 3; M 3 416, 417; P 3 359; 4 592.

1. Die §§ 1000—1003 regeln die Rechtsbehelfe, die, abgesehen von dem Wegnahmerecht (§ 997), dem Besitzer wegen der Verwendungen zustehen. Sie finden auf den Erbschaftsanspruch unmittelbare, auf die Ansprüche des Finders entsprechende Anwendung (vgl. §§ 2022 Abs 1, 972, 974). — § 1000 ist auch anwendbar, wenn nicht Herausgabe des Grundstücks, sondern Grundbuchberichtigung durch Löschung des gegenwärtig eingetragenen und Wiedereintragung des früheren Eigentümers verlangt wird. Die Rechtsstellungen der mit den an sich verschiedenen Klagen Belangten sind einander wesensverwandt. Das ist RG 121, 336; 133, 286 f. anerkannt worden. Deshalb kann auch die hier gezogene Folgerung nicht abgelehnt werden. RG 114, 268 und 115, 46 stehen der Frage noch zweifelnd gegenüber und wollen § 273 Abs 2 anwenden. Dabei ist § 1000 trotz § 273 Abs 2 notwendig, weil die dort geforderte Fälligkeit des Verwendungsanspruchs nach § 1001 erst eintritt, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt, **der Besitzer aber auch ohnedies retentionsberechtigt sein soll** (anders RG Gruch 57, 1000). Im übrigen verbleibt es bei den auf § 273 Abs 2 bezüglichen Vorschriften. Daher schließt die Erlangung der Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung das Zurückbehaltungsrecht aus (§§ 273 Abs 2, 1000 Satz 2). Indessen ist der Beklagte, wenn beide Parteien sich in derselben Weise gegen ein gesetzliches Verbot vergangen, z. B. ein landwirtschaftliches Grundstück ohne die nach § 7 der BRVO v. 15. 3. 1918 (RGBl 123) erforderliche Genehmigung übergeben haben, doch zur Zurückhaltung befugt, sofern nicht etwa ein öffentliches Interesse entgegensteht; der Hinweis des Klägers auf § 1000 Satz 2 wird durch den Einwand der Arglist und die Berufung auf den dem § 817 Satz 2 zugrunde liegenden Rechtsgedanken ausgeräumt. Schlechthin nichtig ist der Besitzerwerb unter solchen Umständen nicht, denn er ist kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 134 (RG 110, 365; LZ 1925, 854; 22. 5. 24 V 370/24). Ob sich die unerlaubte Handlung gegen den Eigentümer oder gegen einen Dritten gerichtet hat, ist unerheblich, immer aber muß es eine unerlaubte Handlung des Besitzers gewesen sein (DRZR 1933 Nr 302). Nicht immer genügen verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung (§ 992), da sie auch fahrlässig und sogar (vgl. § 992 A 1) ohne jedes Verschulden begangen werden können. Nach § 273 Abs 3 ist der Eigentümer ferner befugt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch wirkliche Leistung einer Sicherheit (§ 232 Abs 1) abzuwenden, bloßes Erbieten dazu genügt nicht (RG 137, 355); endlich besteht nach § 274 die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts darin, daß der Besitzer zur Herausgabe Zug um Zug gegen Ersatz der Verwendungen verurteilt wird. Wegen des möglichen Gegeneinwandes der Arglist vgl. RG JW 1928, 2437[3] und A 4 zu § 994. — Betreffen

die Verwendungen (z. B. Bauten) nur einen räumlich abgrenzbaren Teil des Grundstücks, so ist doch, wie schon aus § 1003 Abs 1 Satz 2 folgt, das ganze Grundstück Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts. — Das Zurückbehaltungsrecht kann ungeachtet § 1000 nicht Platz greifen, wenn sich aus einem Vertrage der Parteien etwas anderes ergibt. Darüber, daß der Mieter das Grundstück arg. § 556 Abs 2 auch dem Eigentumsanspruch gegenüber nicht zurückbehalten darf, vgl. § 994 A 1. Anderseits ist zwischen Eigentümer und Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht möglich, das in seinen Voraussetzungen über § 1000 hinausgreift und sich auf Abs 1 des § 273 stützt (fälliger Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis; vgl. § 986 A 1). Das Zurückbehaltungsrecht kann an sich auch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden (RG 73, 54), aber nicht mehr, wenn das erste, auf Herausgabe lautende Urteil bereits vollstreckt und der Beklagte nicht mehr Besitzer ist. Er steht dann nicht anders da, als ob er bei bestehendem Zurückbehaltungsrecht das Grundstück freiwillig herausgegeben hätte (RG 109, 105).

2. Das Zurückbehaltungsrecht in der Zwangsversteigerung gegen den Eigentümer und im Konkurse. a) Bei beweglichen Sachen. Da nach ZPO § 809 Sachen im Besitz eines Dritten gegen dessen Willen nicht gepfändet werden dürfen, ist der Verwender, der die Sache zurückbehält, zur Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung (ZPO § 771) berechtigt. Im Konkurse des Eigentümers gibt ihm KO § 49 Nr 3 ein Absonderungsrecht, soweit die Verwendungen den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigen. b) Bei unbeweglichen Sachen, insbesondere Grundstücken und registrierten Schiffen (vgl. ZPO § 864 Abs 1; ZVG §§ 162ff.), hat das Zurückbehaltungsrecht Dritten gegenüber keine Kraft. Der Ersteher, der vor dem Zuschlage gemachte Verwendungen nicht zu ersetzen braucht (ZVG § 93 Abs 2), wird auch durch das darauf gestützte Zurückbehaltungsrecht nicht betroffen. An dessen Stelle tritt auch keineswegs ein Anspruch auf Ersatz aus dem Versteigerungserlöse. ZVG § 92 Abs 1 bezieht sich nur auf solche Rechte, deren Inhaber im Zwangsversteigerungsverfahren Beteiligte sind. Beteiligter aber — vgl. ZVG § 9 Nr 2 — ist der Zurückbehaltungsberechtigte von Gesetzes wegen nicht und kann es auch durch Anmeldung beim Vollstreckungsgericht nicht werden. Weder hat er ein „Recht an dem Grundstück", da hierunter nur dingliche Rechte verstanden werden (RG 71, 430), noch steht sein Zurückbehaltungsrecht der Zwangsversteigerung entgegen. In § 9 Nr 2 wird der Miet- und Pachtbesitz ausdrücklich neben den die Versteigerung hindernden Rechten aufgeführt, und § 93 Abs 1 verbietet die Zwangsvollstreckung aus dem Zuschlag nur gegen denjenigen, der auf Grund eines durch den Zuschlag nicht erloschenen Rechtes besitzt. (So im Ergebnis auch RG 26. 10. 04 I 258/04, wodurch OLG 8, 116 aufgehoben wurde; vgl. § 1003 A 1). Soweit der Ersteher für Verwendungen aus der Zeit nach dem Zuschlag haftet (§ 999 A 2), muß der Besitzer, um sein Zurückbehaltungsrecht zu wahren, die Vollstreckungsgegenklage der ZPO § 767 erheben oder nach ZPO § 732 Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel geltend machen. Dem Gesagten entspricht es, daß das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse kein Absonderungsrecht gewährt. KO § 49 Nr 3 gilt nur für bewegliche Sachen.

§ 1001

[1]) Der Besitzer kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt [2]) oder die Verwendungen genehmigt [3]). Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Eigentümer von dem Anspruche dadurch befreien, daß er die wiedererlangte Sache zurückgibt [4]). Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt [5]).

E I 938 Abs 1 II 913 Abs 1; M 3 415—417; P 3 357, 360—364, 374; 4 591, 592.

1. Einen selbständigen, klagbaren Anspruch wegen der Verwendungen gewährt das Gesetz erst nach Lösung des inneren Zusammenhangs zwischen Vindikation und Gegenrecht des Besitzers, **wenn nämlich der Eigentümer entweder die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt hat.** Durch das eine oder andere ist der Anspruch von Rechts wegen bedingt, so daß der Besitzer einstweilen weder mahnen noch aufrechnen kann und die Verjährung noch nicht beginnt. Im übrigen stehen die beiden Voraussetzungen klagweiser Geltendmachung des Anspruchs einander nicht gleich. Genehmigt der Eigentümer, so ist er endgültig gebunden; der Anspruch gegen ihn unterliegt der dreißigjährigen Verjährung. Erlangt er aber die Sache ohne Genehmigung wieder, so kann er sich durch Rückgabe an den Besitzer befreien. Tut er dies nicht und hatte ihm der Besitzer die Sache herausgegeben, so erlischt der Anspruch gegen ihn durch Ablauf der in § 1002 bestimmten Ausschlußfrist. — **Eigentümer** im Sinne von § 1001 ist nur der wirkliche Eigentümer, nicht auch ein Dritter, den der Verwendungsberechtigte für den Eigentümer gehalten hat; ein Dritter kann weder die Verwendungen genehmigen, noch sich durch Rückgabe der wiedererlangten Sache von der Ersatzpflicht befreien (RG 142, 420).

2. Sei es durch Herausgabe seitens des Verwenders oder auf andere Art. Erforderlich ist aber nicht nur, daß der Eigentümer Besitzer wird, sondern zugleich auch, daß der Verwender den Besitz verliert. Daher genügt es zwar, wenn der Verwender, der mittelbarer Besitzer ist, seinen Herausgabeanspruch abtritt, nicht aber, wenn er durch Besitzkonstitut den Eigentümer zum mittelbaren Besitzer und sich selbst zum Besitzmittler macht. Zu weit geht **RG** 19. 12. 33 VII 248/33, wenn unter allen Umständen die Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Eigentümer verlangt wird. — Handelt es sich um ein Grundstück, so steht es der Wiedererlangung der Sache selbst gleich, wenn das Grundstück zwangsweise versteigert wird. Dies deshalb, weil der Ersteher nach ZVG § 93 Abs 2 von dem Ersatzanspruch nicht betroffen wird und der Erlös dem früheren Eigentümer zugute kommt (zweifelnd **RG** 71, 430).

3. Genehmigung ist, wie in § 684, die Gutheißung der Verwendungen. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, vgl. dazu A 2 zu § 684. Rechnet der Eigentümer mit einer Gegenforderung auf, so hat er die Genehmigung erklärt. Über die „Annahme als ob" nach Satz 3 s. A 5. Die Genehmigung kann vor oder nach der Wiedererlangung der Sache erfolgen. Im letzteren Falle beseitigt sie die Rückgabebefugnis des Satz 2 (vgl. dazu auch § 1002 Satz 1). Genehmigt der Eigentümer zugleich den für die Verwendungen vom Besitzer geforderten Betrag, so ist eine Vereinbarung getroffen, die über die Höhe des Ersatzanspruchs entscheidet. Der Eigentümer kann sich aber auch darauf beschränken, nur die Verwendungen als solche zu genehmigen, sei es, daß er den geforderten Betrag bestreitet oder daß ein bestimmter Betrag nicht gefordert wird. Alsdann sind für die Höhe des Anspruchs die gesetzlichen Vorschriften maßgebend. — Wenn A den B beauftragt, Sachen des A bearbeiten zu lassen, so liegt in diesem Auftrag noch nicht die „Genehmigung" der auf Veranlassung des B von C auf die Sache gemachten Verwendungen; dazu genügt es auch nicht, wenn A die ihm von B eingereichten Rechnungen des C an B bezahlt, denn damit gibt A keine Erklärung dem C gegenüber ab (**RG** 19. 12. 33 VII 248/33).

4. Nötig zur Befreiung ist nur die Zurückgabe des Besitzes, nicht die Übertragung des Eigentums. Ein Abandon kommt nicht in Frage. Durch die Zurückgabe wird der frühere Zustand wiederhergestellt, so daß der Besitzer retentionsberechtigt ist (§ 1000) und, um sich aus der Sache zu befriedigen, nach § 1003 vorgehen muß. Hat er gegen eine Forderung des Eigentümers mit seinem Ersatzanspruch aufgerechnet, so wird die Aufrechnung hinfällig und die Forderung lebt wieder auf. Wenn der Eigentümer auf Ersatz verklagt wird und die Sache während des Prozesses zurückgibt, erledigt sich die Klage. Es handelt sich um eine alternative Ermächtigung, die mit dem Untergang der Sache erlischt, aber durch deren Verschlechterung nicht berührt wird. Der Eigentümer, der die Verschlechterung nach Wiedererlangung der Sache verschuldet hat, haftet dem Besitzer, abgesehen von dem Fall der Arglist, auch nicht auf Schadensersatz. Er kann mit seiner Sache verfahren, wie er will (a. M. Prot 3, 366). Stehen dem Eigentümer mehrere Besitzer gegenüber, ein mittelbarer und ein vermittelnder, die beide Ersatz für Verwendungen fordern, so muß er zur Herstellung des früheren Zustandes und, um sich von beiden zu befreien, die Sache dem vermittelnden Besitzer herausgeben. Statt der Rückgabe der Sache genügt es, wenn der Eigentümer den Besitzer in Annahmeverzug versetzt hat.

5. Annahme der vom Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotenen Sache wird vom Gesetz der Genehmigung gleichgestellt. Darin liegt eine „Annahme als ob", kein auslegender oder ergänzender Rechtssatz; ein Widerspruch nützt dem Eigentümer nichts (vgl. **RG** Gruch 66, 485). Doch muß eine Ausnahme für die Fälle gemacht werden, in denen der Besitzer zur Zurückbehaltung nicht berechtigt ist. Hat er die Sache durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt (§ 1000 Satz 2) oder ist er ohne Rücksicht auf die Verwendung verurteilt, so kann der Eigentümer die ihm unter Vorbehalt angebotene Sache mit Verwahrung gegen den Ersatzanspruch annehmen, ohne sich dadurch dem Genehmigungspräjudiz zu unterwerfen. Widerspricht er freilich dem Vorbehalt nicht, so ist es trotz § 1000 Satz 2 und trotz des Urteils möglich, daß in der Annahme der Sache eine Genehmigung gefunden werden muß. Dies aber nur nach den Regeln der stillschweigenden Willenserklärung; § 1001 Satz 3 ist nicht anwendbar. — Der Vorbehalt braucht nicht ausdrücklich zu sein; es genügt, wenn er sich aus den Umständen zweifelsfrei ergibt (**RG** Gruch 66, 484).

§ 1002

Gibt der Besitzer die Sache dem Eigentümer[2]) heraus, so erlischt der Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen mit dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstücke mit dem Ablaufe von sechs Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt.

Auf diese Fristen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung[1]).

E I 938 Abs 3 II 913 Abs 2; M 3 417; P 3 359—364, 374; 4 591, 592; 6 389.

1. Genehmigt der Eigentümer die Verwendungen oder erlangt er die Sache in anderer Weise als durch Herausgabe seitens des Besitzers wieder, so verjährt der Ersatzanspruch wegen der Verwendungen in dreißig Jahren. § 1002 bestimmt statt dessen eine kurze **Ausschlußfrist** für den Fall, wenn der Besitzer dem Eigentümer die Sache herausgibt, und zwar ohne sich dabei seinen Anspruch vorzubehalten. Die letztere Einschränkung, die aus den Anfangsworten des Abs 1 nicht zu ersehen ist, ergibt sich aus den Schlußworten verbunden mit § 1001 Satz 3, da die Annahme der unter Vorbehalt des Anspruchs angebotenen Sache als Genehmigung gilt (vgl. **RG** Gruch 66, 484). Die Frist beträgt bei beweglichen Sachen 1, bei Grundstücken 6 Monate von der Herausgabe an; wegen der Berechnung vgl. § 187 Abs 1, § 188 Abs 2, 3. Sie wird gewahrt durch gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs, also (vgl. § 209 Abs 1, 2 Nr 1—3) durch Leistungs- oder Feststellungsklage, Zustellung eines Zahlungsbefehls, Geltendmachung im Güteverfahren, Anmeldung im Konkurse oder auch durch Aufrechnung, wenn nämlich der Eigentümer den Besitzer aus irgendeinem Grunde auf Zahlung verklagt und die Klage ohne Rücksicht auf den Aufrechnungseinwand des Besitzers abgewiesen wird. Mit der Zurückbehaltungseinrede des § 1000 wird aber nicht der Anspruch des § 1001 geltend gemacht (**RG** Gruch 66, 483); gibt der Besitzer die Sache vorbehaltslos heraus, so nützt es ihm nichts, daß er in einem vorausgegangenen Vindikationsprozeß einredegemäß zur Herausgabe Zug um Zug gegen Verwendungsersatz verurteilt wurde. Die Wirkungen der Klagerhebung entfallen nach § 212, wenn die Klage zurückgenommen oder ohne Sachentscheidung abgewiesen wird. Auch dann läuft die Frist nicht ab, wenn vor ihrem Ende der Eigentümer genehmigt. Obgleich sie keine Verjährungsfrist ist, wird sie durch Abs 2 in einigen Beziehungen einer solchen gleichgestellt. Sie wird gehemmt durch Stillstand der Rechtspflege und sonstige höhere Gewalt (§ 203); ihre Vollendung wird durch Mangel der gesetzlichen Vertretung des Besitzers hinausgeschoben (§ 206); eine Verlängerung findet auch dann statt, wenn der Anspruch zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet (§ 207).

2. **Eigentümer** ist auch im Sinne des § 1002 nur der wirkliche Eigentümer, vgl. A 1 zu § 1001. Der Nichteigentümer, den der Besitzer für den Eigentümer gehalten und dem er die Sache herausgegeben hat, ist nicht die Stelle, gegen welche der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen geltend zu machen wäre; die Herausgabe an den Nichteigentümer kann auch die Fristen des § 1002 nicht in Lauf setzen (**RG** 142, 420; 19. 12. 33 VII 248/33).

§ 1003

[1]) **Der Besitzer kann den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt [2]).**

Bestreitet der Eigentümer den Anspruch vor dem Ablaufe der Frist, so kann sich der Besitzer aus der Sache erst dann befriedigen, wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Verwendungen den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat und die Frist verstrichen ist; das Recht auf Befriedigung aus der Sache ist ausgeschlossen, wenn die Genehmigung rechtzeitig erfolgt [3]) [4]).

E II 914; P 3 364—367, 374; 4 592; 6 239, 240.

1. Kämen allein die §§ 1000—1002 zur Anwendung, so würde es vom Belieben des Eigentümers abhängen, ob der Besitzer für die Verwendungen Ersatz bekommt. Da das Gesetz dieses Ergebnis mißbilligt, **gibt § 1003 in einer Verbindung von Fristsetzungen und Klagen die Mittel an die Hand, um den Ersatz nach Möglichkeit auch wider den Willen des Eigentümers zu erzwingen.** Zunächst muß ihn der Besitzer unter Angabe des verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer bestimmten angemessenen Frist zu erklären, ob er die Verwendung genehmige. Genehmigt er, so ist die Angelegenheit erledigt; dem Besitzer steht nach § 1001 ein selbständiger Anspruch zu, den er ausklagen und aus dem ganzen Vermögen des Eigentümers beitreiben kann. Genehmigt dieser aber nicht, so liegt die erste Voraussetzung für das Recht des Besitzers vor, sich aus der Sache zu befriedigen. Es müssen dann folgende zwei Fälle unterschieden werden: a) Der Eigentümer erklärt sich überhaupt nicht oder bestreitet doch den Ersatzanspruch nicht (Fall des Abs 1; vgl. A 2). Dann ist das Recht des Besitzers unentziehbar geworden; etwas Weiteres (Erwirkung eines Vollstreckungstitels) ist nur da geboten, wo die Befriedigung durch

Zwangsvollstreckung beschafft werden muß. b) Der Eigentümer hat seine Ersatzpflicht rechtzeitig bestritten (Fall des Abs 2; vgl. A 3). In diesem Falle muß der Anspruch rechtskräftig festgestellt und ferner eine neue angemessene Frist zur Genehmigung gesetzt werden. Genehmigt der Eigentümer in der zweiten Frist, so hat der Besitzer den klagbaren Anspruch nach § 1001, nicht das Befriedigungsrecht des § 1003. Wird wiederum nicht genehmigt, so gilt mehr nun das zu a Gesagte.— Zu knappe Bemessung der Fristen schadet nichts, falls der Besitzer über das Ende hinaus eine genügende Zeit abgewartet hat. Durch Bestimmung der unangemessen kurzen Frist wird die angemessene Frist in Lauf gesetzt (vgl. RG 56, 234; 62, 68: § 250 A 2). — Ein dingliches Recht ist das Befriedigungsrecht des Besitzers so wenig wie der Verwendungsanspruch überhaupt (vgl. § 999 A 2). Es handelt sich nur um eine besondere Art der Durchführung der persönlichen Forderung (Mot zum § 41 KO a. F.). Wird daher die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben, so erlangt der Besitzer dadurch, daß er die Fristen des § 1003 setzt, die dort erwähnte Feststellung herbeiführt und seinen Anspruch beim Vollstreckungsgericht anmeldet, noch kein Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse. Beteiligter im Sinne des ZVG § 9 Nr 2 wird er nur, wenn er auf Grund eines nach § 1001 oder § 1003 erwirkten vollstreckbaren Titels das Verfahren betreibt. Alsdann erhält er Befriedigung in der fünften Rangklasse (ZVG § 10 Nr 5). Ansprüche aus Rechten, die vor der zu seinen Gunsten bewirkten Beschlagnahme im Grundbuch eingetragen wurden, gehen ihm vor, auch wenn sie erst nach der Verwendung entstanden sind (RG 71, 428; SeuffA 68 Nr 224; s. auch § 1000 A 2). — Übersteigt der Erlös der Sache den Ersatzanspruch, so fällt der Überschuß kraft dinglichen Ersatzes dem Eigentümer zu. Reicht umgekehrt der Erlös zur Befriedigung des Besitzers nicht hin, so hat dieser auch dann keinen Anspruch auf Nachzahlung, wenn der Eigentümer selber der Ersteher ist. Eine Wiedererlangung im Sinne des § 1001 liegt hierin nicht; der Eigentümer erlangt die Sache nicht in seiner Eigenschaft als solcher.

2. **Mit dem Augenblick, in welchem der Eigentümer die in Satz 1 erwähnte Frist ohne Genehmigung oder Bestreitung verstreichen läßt, gelangt das Befriedigungsrecht des Besitzers zur Entstehung.** Die Befriedigung findet bei beweglichen Sachen nach den Vorschriften über den Pfandverkauf statt (vgl. §§ 1234—1240). Im Fall eines Streites über die Rechtmäßigkeit des Verkaufs muß der Besitzer die Fristsetzung und die Angemessenheit der Frist beweisen, wogegen es dem Eigentümer obliegt, darzutun, daß er innerhalb der Frist die Verwendungen genehmigt oder den Ersatzanspruch bestritten hat. Ist die bewegliche Sache dem Verwender abhanden gekommen, so kann er das Befriedigungsrecht nicht ausüben; herausgabepflichtig ist ihm der Eigentümer nicht. Bei Grundstücken erfolgt die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Hierzu bedarf es, da die §§ 172ff. ZVG keine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes vorsehen, eines vollstreckbaren Titels. Der Besitzer muß die Verurteilung des Eigentümers zur Leistung aus dem Grundstück (Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück) erwirken. Der Streit dreht sich dabei ausschließlich darum, ob die Voraussetzungen des § 1003 Abs 1 gegeben sind; den Anspruch selbst kann der Eigentümer nicht mehr bestreiten. Sowohl Zwangsversteigerung wie Zwangsverwaltung stehen dem Besitzer zu Gebote, nicht aber, trotz ZPO § 866, die Eintragung einer Sicherungshypothek. Eine solche Eintragung wäre keine „Befriedigung aus der Sache"; auch würde dadurch eine Forderung ins Leben gerufen, die mit der auf die Sache beschränkten Haftung des Eigentümers unvereinbar wäre. Ebenso wie mit Grundstücken verhält es sich nach § 1268 mit registrierten Schiffen (vgl. ZPO § 870 Abs 2; ZVG §§ 162ff.).

3. **Bestreitet der Eigentümer den Ersatzanspruch nach Grund oder Höhe,** so ist zunächst erforderlich, daß der Besitzer eine rechtskräftige Feststellung erwirkt. Das geschieht durch Feststellungsklage; für eine Leistungsklage ist mangels der Voraussetzungen des § 1001 kein Raum. Festzustellen ist der „Betrag der Verwendungen", d. h. der Anspruch auf Ersatz des verlangten Betrags. Zu dem rechtskräftigen Feststellungsurteil muß hinzukommen, daß dem Eigentümer nochmals eine angemessene Frist zur Erklärung über die Genehmigung bestimmt worden ist und daß eine rechtzeitige Genehmigung nicht stattgefunden hat. Nach der Ausdrucksweise des Gesetzes müßten diese drei Erfordernisse — erste Frist, Feststellungsurteil, zweite Frist — sowie, wenn es sich um Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen handelt, die Erwirkung des vollstreckbaren Titels (vgl. A 2) in zeitlicher Reihenfolge hintereinander beobachtet werden. Nach ZPO §§ 255, 259 ist aber eine Verbindung in der Art möglich, daß klagend beantragt wird: a) festzustellen, daß dem Kläger gegen den Beklagten ein Ersatzanspruch wegen der Verwendungen in Höhe von 1000 Mark zusteht; b) im Urteil eine Frist zu bestimmen, binnen deren sich der Beklagte über die Genehmigung der Verwendungen zu erklären hat; c) für den Fall fruchtlosen Ablaufs der Frist den Beklagten zur Zahlung der 1000 Mark aus dem Grundstück zu verurteilen. Dafür hat sich jetzt auch RG 137, 101 ausgesprochen, die nicht ganz durchsichtigen Ausführungen RG 71, 429 sollen nicht entgegenstehen. Eine weitere Vereinfachung des an sich langwierigen Verfahrens ergibt sich aus RG 137, 100f. auch insofern, als die Feststellungsklage nach § 1003 Abs 2 zugelassen wird, auch wenn eine Festsetzung nach § 1003 Abs 1 nicht vorangegangen ist. Im Anschluß an die zu § 326 und ähnliche Vorschriften entwickelte Rechtsprechung wird es mit

Recht als genügend angesehen, wenn der Eigentümer dem — ohne Fristsetzung — erhobenen Anspruch gegenüber ernstlich bestreitet, daß ersatzpflichtige Verwendungen überhaupt oder in der angegebenen Höhe gemacht wären; die Fristsetzung sei dann zwecklos.

4. **Der Besitzer, der Ersatz für seine Verwendungen verlangt, kann nach §§ 294, 295 einen Annahmeverzug des Eigentümers herbeiführen.** Da dieser verpflichtet ist, Zug um Zug zu leisten (vgl. § 1000 A 1), gerät er in Verzug, wenn er zwar die ihm angebotene Sache anzunehmen bereit ist, den verlangten Ersatz aber nicht anbietet (§ 298). Die hierüber in Prot 3, 370 geäußerten Zweifel sind unbegründet. Der Annahmeverzug hat auch neben dem Befriedigungsrecht des § 1003 selbständige Bedeutung, insofern die Haftung des Besitzers für Schäden und Nutzungen abgeschwächt wird (§ 300 Abs 1, § 302) und ihm Mehraufwendungen im Sinne des § 304 erstattet werden müssen.

§ 1004

Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt [1]), so kann der Eigentümer [2]) von dem Störer [3]) die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen [4]). Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen [5]).

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist [6]).

E I 943, 944 II 916; M 3 422—429; P 3 377—379.

1. Die **Negatoria** richtet sich gegen jede Beeinträchtigung des Eigentums, die in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes erfolgt. Sie bezweckt nicht bloß die Abwehr angeblicher dinglicher Belastungen. Ein Recht braucht sich der Beklagte überhaupt nicht anzumaßen (vgl. **RG** Gruch 44, 1095; OLG 4, 313). Die Klage erfordert auch weder ein Verschulden des Beklagten (**RG** 51, 411; 128, 297; JW 02 Beil 187; Warn 1916 Nr 51; 1917 Nr 245) noch einen Vermögensschaden des Klägers (**RG** JW 1911, 587[33]); auch die Abwehr unschädlicher Störungen stellt sich nicht als Schikane im Sinne des § 226 dar (vgl. **RG** 54, 434; OLG 26, 72). Ganz überwiegend handelt es sich um den Schutz von Grundstücken und um Beeinträchtigungen, die darin bestehen, daß auf das Grundstück eingewirkt oder daß der Eigentümer an der Ausübung des Eigentums gehindert wird. Als Einwirkungen kommen vor allem die unzulässigen Immissionen in Betracht, wie die Zuführung von festen Körpern (Tauben, Ratten, Steinen aus Steinbrüchen, Kugeln), die schlechthin unstatthaft ist (**RG** Warn 1911 Nr 330; 1918 Nr 55), oder die gemäß Art 65 EG nach den Landeswassergesetzen zu beurteilende Zuführung von Wasser (vgl. darüber § 906 A 5). Der Hauptfall ist die Immission sog. Imponderabilien (Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch usw.), soweit sie nach § 906 verboten werden kann. Zu den sog. Imponderabilien rechnet **RG** 141, 308 auch die **Bienen.** So schon für das gemeine Recht **RG** 12, 174, a. M. aber **RG** 76, 132, wo — beiläufig — die Bienen zu den festen Körpern in obigem Sinne hinzugezählt werden. Vgl. wegen der Bienen jetzt Schüßler, Das Bienenrecht, S. 52ff., 101ff., 183ff. Durch ärgerniserregende Vorgänge in der Nachbarschaft, die das seelische Empfinden der Bewohner des Grundstücks kränken (Bordellbetrieb, **RG** 57, 239; Freibad, **RG** 76, 130; vgl. auch **RG** 50, 228), wird nicht auf das Grundstück selbst eingewirkt, daher nicht das Eigentum beeinträchtigt. In solchen Fällen kann eine Unterlassungsklage nicht aus § 1004 unmittelbar, sondern nur beim Hinzukommen besonderer Umstände aus einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift (s. unten A 7) hergeleitet werden. **RG** 57, 242 verlangt dafür den vollen Tatbestand des § 826; doch werden die objektiven Voraussetzungen (Vermögensbeschädigung durch Sittenverstoß) hinreichen (vgl. A 7 unter b). Eine übermäßige Ausdehnung des Begriffs der Einwirkung auf die Sache s. in OLG 20, 402 (unbefugtes Photographieren eines Gebäudes). Erforderlich ist, daß eine Beeinträchtigung schon stattgefunden hat, nicht bloß Gefahr künftiger Beeinträchtigung besteht. Verbote oder Drohungen, die die Person des Besitzers seelisch zu beeinflussen geeignet sind und deshalb nach § 862 einen Besitzstörungsanspruch hervorrufen können (vgl. § 858 A 5), bedeuten noch keine Antastung des Eigentums. Es darf aber nicht gerade der Anfang der Ausführung der Verletzung gefordert werden, vielmehr genügen auch Vorbereitungshandlungen. Anlagen, die bei ordnungsmäßigem Gebrauch notwendig stören müssen (z. B. eine Kegelbahn dicht an der Trennungsmauer; Schießstände unmittelbar neben dem in der Fluglinie der Geschosse liegenden Grundstück, vgl. dazu **RG** Warn 1911 Nr 330), sind schon vor Beginn der Benutzung als störend anzusehen. Im einzelnen ist die Grenze flüssig. Nach **RG** 6. 10. 17 V 160/17 enthält es keine gegenwärtige Beeinträchtigung des Eigentums des Klägers, wenn der Nachbar einen diesem Eigentum widersprechenden Bauplan zur behördlichen Genehmigung einreicht; nur zu einer Feststellungsklage soll er Anlaß geben. Dagegen gewährt **RG** Recht 1918 Nr 714 die Negatoria gegen Sprengungen in einem

benachbarten Steinbruch schon dann, wenn die Verwaltungsbehörde an den Eigentümer ein Betretungsverbot für die Sprengzeiten erlassen hat. Zugelassen ist auch die Klage auf künftige Beseitigung einer bestehenden Hochspannungsleitung, die nach der zu erwartenden Aufhebung einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde widerrechtlich wird (RG SeuffA 78 Nr 34). In zeitlicher Hinsicht wird nach der neueren, von dem Plenarbeschluß RG 41, 88 abweichenden Rechtsprechung nicht mehr unterschieden, ob die klagbegründenden Tatsachen vor oder nach der Klagerhebung eingetreten sind (vgl. RG 99, 172). Notwendig ist anderseits die Fortdauer der Beeinträchtigung. Diese selbst muß fortdauern; es genügt nicht, wenn die Beeinträchtigungshandlung (die Störung) vorübergegangen ist und nur ihre Wirkungen fortbestehen. Die Störung muß entweder körperlich in die Gegenwart hineinragen oder es müssen weitere Störungen zu besorgen sein. Eine besondere Häufigkeit oder Dauer der Störungen wird nicht verlangt (RG 57, 227; JW 1911, 587[33]; z. B. Warn 1912 Nr 342, RG 25. 6. 10 V 506/09: Geräusch während des Baues eines Kanals oder einer Eisenbahn). Eigenartig lag der Fall, welcher zweimal das RG (127, 29ff.; 138, 327ff.) beschäftigt hat. Brennende Halden hatten das Feuer auf die aus Haldenstoff bestehenden Bahndämme übertragen und auch dort wütete das Feuer weiter. Hierin lag unzweifelhaft eine fortdauernde Beeinträchtigung des Bahneigentums, diese war aber von den durch den Brand bewirkten Veränderungen im Bahneigentum nicht zu trennen und auch diese Veränderungen mußten demnach als Beeinträchtigung gelten. — Von anderer Art, aber begrifflich gleichfalls hierhergehörig, ist die Beeinträchtigung des Eigentums durch Mißbrauch des Registerwesens. In einem Falle, in dem es sich um Berichtigung einer Katasterkarte handelte, hat OLG 26, 22 zutreffend den § 1004 angewendet. Von Bedeutung wird diese Vorschrift ferner für die Fälle der Vormerkung. Fehlt es derselben an der gesetzlichen Voraussetzung (z. B. weil die einstweilige Verfügung, auf der sie beruht, nicht rechtzeitig vollzogen ist) oder ist der zu sichernde Anspruch nicht entstanden oder hinterher weggefallen, z. B. durch Verzicht des Berechtigten, oder ist das Nichtbestehen des gesicherten Anspruchs, wenn auch bei tatsächlichem Fortbestehen der einstweiligen Verfügung festgestellt, so bietet § 1004 die Handhabe, die Eintragung zu beseitigen (vgl. § 886 A 2; RG JW 1933, 1822; DNotV 1932, 406[8]; SeuffA 77 Nr 188). Im Gegensatz dazu will RG HRR 1934 Nr 803 den § 1004 nur anwenden bei solchen Beeinträchtigungen des Eigentums, welche nicht bloß gegen das Eigentumsrecht an der Sache, sondern unmittelbar gegen die Sache selbst gerichtet sind. Indessen auch der Anspruch auf Berichtigung sonstiger Grundbucheintragungen hat negatorischen Charakter (vgl. Mot 3, 424; RG 57, 322; JW 1931, 651[1]) und wird in §§ 894ff. nur einer Sonderregelung unterworfen. Damit steht nicht in Widerspruch, daß das Eintragenlassen einer Hypothek durch den Besitzer oder den Bucheigentümer im Verhältnis zum Eigentümer als Verschlechterung des Grundstücks gilt und deshalb insoweit die §§ 989ff. anwendbar sind (RG 121, 336; 133, 286; vgl. A 2 zu § 989). Hierbei handelt es sich nicht um eine Grundbuchberichtigung, wie z. B. in den folgenden Fällen: Ein Bucheigentümer, der im Rechtsstreit auch nur hilfsweise das Eigentum des Grundstücks in Anspruch genommen hat, setzt sich einer Klage aus § 1004 aus (RG JW 1931, 651[1]); ebenso ein früherer Hypothekengläubiger, dessen Zustimmung zur Löschung der Hypothek nicht ohne sein Zutun vom Grundbuchamt verlangt wurde, der diese Zustimmung aber verweigerte (RG HRR 1928 Nr 1298); wegen der Löschung eines eingetragenen Mietrechts vgl. RG JW 1923, 750. Unhaltbar freilich SeuffA 61 Nr 8 (Löschungsklage des Eigentümers gegen den persönlichen Schuldner einer auf dem Grundstück ruhenden Hypothek, darauf gestützt, daß die Hypothek durch einen eingetragen gewesenen Nichteigentümer bestellt war). § 1004 versagt auch, wenn jemand sein Grundstück auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags aufgelassen hat und der Käufer nunmehr befugt ist, sich als Eigentümer eintragen zu lassen und so das Eigentum des Verkäufers zu vernichten; der Verkäufer ist nach § 873 Abs 2 an seine Erklärung gebunden, der etwaige Eintragungsantrag des Käufers ist also nicht rechtswidrig. In solchem Falle ist es nötig, aber auch möglich, die Auflassungserklärung zurückzufordern (RG 108, 331).

2. **Anspruchsberechtigt ist der Eigentümer**, sowohl der Allein- wie der Miteigentümer (§ 1011), der besitzende wie der nichtbesitzende Eigentümer. Der Beweis des Eigentums wird durch die Vermutungen des § 891 (Grundbucheintrag) und des § 1006 (Besitz der beweglichen Sache) erleichtert. Da nur der Eigentümer den Anspruch auf Beseitigung der Störung hat, so stehen einem Dritten, der sie beseitigt hat, gegen den Störer Ansprüche aus auftragloser Geschäftsführung oder Bereicherung nur zu, wenn der Eigentümer die Beseitigung verlangt hatte (RG LZ 1924, 296). Gegen eine Beeinträchtigung seines Eigentums, z. B. durch Betreiben einer Gastwirtschaft in einer Villa, kann der Eigentümer nach § 1004 auch dann vorgehen, wenn der Käufer die Villa zwar auf Grund nichtigen Kaufvertrags in Besitz hat, sie aber kraft eines Zurückbehaltungsrechts noch weiter besitzen darf (RG 10. 1. 25 V 831/23). Wird das Grundstück des Klägers während des Prozesses veräußert, wohin auch der Fall des Zuschlags in der Zwangsversteigerung zu rechnen ist, so hat der Nachfolger nach Maßgabe des § 266 ZPO in den Prozeß einzutreten, ohne Unterschied, ob der Beklagte ein dingliches Recht an dem Grundstück in Anspruch nimmt oder ob sich der Streit nur um die Befugnis zu Immissionen dreht (vgl. RG 40, 333). Auch Erbbauberechtigte (§ 1017 Abs 2) und § 11 Abs 1 Satz 1 der VO v. 15. 1. 19, RGBl 72), Dienstbarkeitsberechtigte

(§§ 1027, 1090 Abs 2), Nießbraucher (§ 1065) und Pfandgläubiger (§ 1227) können negatorisch klagen. Doch handelt es sich dabei nur um entsprechende Anwendung des § 1004. Vorausgesetzt wird, was nicht notwendig bei Beeinträchtigung des Eigentums der Fall zu sein braucht, daß das betreffende dingliche Recht beeinträchtigt ist; nur auf diese Beeinträchtigung zielt der Beseitigungsanspruch ab; das Urteil wirkt weder für noch gegen den Eigentümer. Dagegen ist bei dem Mieter für eine Negatoria kein Raum; er muß besitzen, um alsdann den Besitzstörungsanspruch des § 862 erheben zu können (vgl. RG 59, 327; Warn 1918 Nr 55). Dagegen kann der Pächter einer Handelsgärtnerei wegen der ihm eigentümlich gehörigen Pflanzen die Abwehrklage nach § 1004 erheben (RG 105, 215). — Bei **Rundfunkstörungen** gibt § 1004 nur dem Eigentümer des betreffenden Grundstücks ein Klagerecht, der Mieter wird sich auf die §§ 862, 865 berufen können (RG 59, 328; 105, 215). Über die Rechtswidrigkeit der Einwirkung entscheidet auch hier § 906.

3. Gleich dem Besitzstörungsanspruch richtet sich auch die Negatoria gegen den **Störer**. Darunter ist gemäß der dinglichen Natur des Anspruchs derjenige zu verstehen, durch dessen Willen der dem Eigentum widersprechende Zustand aufrechterhalten wird (Mot 3, 424; RG 134, 234; 92, 24; 103, 174; 108, 331; JW 1929, 744[15]). Es muß also, wie sich auch aus dem Inhalt des Anspruchs ergibt, zu dem allgemeinen Begriff der Störung eine alternative Voraussetzung hinzutreten: der Störer muß entweder in der Lage sein, die Beeinträchtigung zu beseitigen, oder er muß weitere Beeinträchtigungen befürchten lassen. Bei einer störenden Anlage ist nicht derjenige der Störer, der sie errichtet hat, sondern der sie hält (vgl. RG 60, 140; JW 02 Beil 187; 1910, 654[13]). Wer auf seinem Grundstück eine Anlage hergestellt hat und es dann veräußert, scheidet als Störer aus; eine Beseitigungspflicht kann ihm nur nach §§ 823, 249 obliegen, sofern ihn bei der Herstellung ein Verschulden traf (vgl. RG 103, 174; OLG 4, 65; 18, 129). Ob der Erwerber nach § 1004 beseitigungspflichtig ist, bestimmt sich danach, ob er die Anlage „hält", d. h. aufrechterhält. Durch die bloße Erklärung, er sei mit der Beseitigung einverstanden, hört er regelmäßig nicht auf, die Anlage zu halten (RG 103, 177; JW 1928, 502[35]), anders nur, wenn sich die störende Anlage nicht in seinem Besitze befindet. — Näher im einzelnen ist Störer, wer auf die Sache einwirkt oder den Eigentümer an der Ausübung des Eigentums hindert (vgl. A 1). Der Störende braucht nicht Eigentümer, er kann Mieter oder Pächter (RG JW 1927, 45[9]), möglicherweise auch überhaupt nicht berechtigt sein. Stören mehrere, so kann jeder einzelne verklagt werden, ohne daß ihm aus dem Vorhandensein noch anderer Störer ein Einwand erwüchse (RG LZ 1918, 212). Die Störung kann auch mittelbar geschehen, insbesondere so, daß jemand durch seine Tätigkeit ein schädliches Eingreifen von Naturkräften der unorganischen oder organischen Welt ermöglicht; vgl. RG SeuffA 60 Nr 55 (Aufschütten von Sandmassen, die dann auf das Nachbargrundstück abgespült werden); Gruch 54, 158 (Schutthalden); Warn 1917 Nr 244 (Gänsegeschnatter); JW 1910, 654[13] (Froschquaken in einem künstlich angelegten Teiche). Nicht minder bedeutsam ist die durch Menschen vermittelte Einwirkung. Daß juristische Personen für Störungshandlungen ihrer Organe haften, folgt schon aus §§ 31, 89 (vgl. z. B. RG JW 01, 52; Gruch 57, 1003). Im übrigen stellt sich zwar die Veräußerung eines Grundstücks mit dem Bewußtsein, der Erwerber werde darauf Störungen verursachen, noch nicht als eigene Einwirkung auf das Nachbargrundstück dar (RG Warn 1911 Nr 331). Wohl aber genügt es, wenn ein Unternehmer Auftrag zu den Einwirkungen erteilt oder wenn er auch nur Arbeiten vornehmen läßt, die die Einwirkung zur Folge haben müssen (vgl. RG 97, 26; RG SeuffA 60 Nr 10; Warn 09 Nr 143). Neben der juristischen Person haftet der gesetzliche Vertreter selber. Der Beauftragte haftet neben dem Auftrageber dann, wenn auch er zur Beseitigung der Beeinträchtigung fähig ist oder gerade auch von ihm noch weitere Beeinträchtigungen drohen (vgl. RG 20. 1. 23 V 193/22). Behauptet er, die Störung in Ausübung eines Rechtes des Auftraggebers vorgenommen zu haben, so steht ihm nach ZPO § 77 die Benennung des Urhebers zu (vgl. SeuffA 56 Nr 88). Als mittelbarer Störer hat endlich auch zu gelten, wer die Einwirkungen Dritter duldet, obgleich er sie hindern könnte und zu hindern verpflichtet ist (RG 134, 234); vgl. auch RG 92, 22 (ein einzelner Genosse einer Wassergenossenschaft). Geht die Einwirkung von einem Grundstück aus (vgl. diese Worte in § 906), und zwar von einem Nutzungsberechtigten des Grundstücks (Nießbraucher, Mieter, Pächter), so kommt neben dem Täter auch der Eigentümer als Anspruchsgegner in Betracht. Er haftet dann nicht nur in Fällen, wo eine mit dem Grundstück verbundene Anlage der Grund der Störung ist oder wo er die Störung sonstwie veranlaßt hat (vgl. z. B. RG JW 01, 52 = Gruch 45, 1008, wo die Stadt die Kanalisation geschaffen und den Bürgern zur Ableitung ihrer Hausabwässer zur Verfügung gestellt hatte), sondern auch schon, wenn er die Störung in ungehöriger Weise duldet (vgl. RG 45, 298; 92, 363; 97, 26). Schreitet er, wenn er Vermieter ist, gegen einen ihm bekannten Mißbrauch des Grundstücks durch den Mieter trotz § 550 nicht ein, so ist das ebenso ungehörig, wie wenn er das Grundstück geradezu zu einem Gebrauch, der die Störung mit sich bringt, vermietet. Beidemale muß er als Störer behandelt werden; durch die Vermietung wird er von den aus §§ 903, 906 ersichtlichen Pflichten nicht befreit (vgl. RG 47, 164; 134, 234; JW 00, 840[6]; 02 Beil 187; 04, 142[11]; Warn 08 Nr 380; 1917 Nr 245; 1918 Nr 116; Gruch 57, 1003; RG LZ 1916, 817; 1919, 322; DRZR 1931 Nr 485). Ausgenommen ist nur der Fall, daß der Mieter das

Grundstück ohne Vorwissen des Vermietereigentümers mißbraucht. Da dieser Fall nicht zu vermuten ist, vielmehr vom Eigentümer bewiesen werden müßte, heißt es in **RG** 47, 164, der letztere sei „prima facie" (d. h. mangels Entlastungsbeweises) neben dem Mieter haftbar. — Daß der Eigentümer bereits aus dem Gesichtspunkt verkehrsüblicher nachbarlicher Rücksichtnahme kraft seines bloßen Eigentums aus § 1004 haftet, wenn er es bei einem von Natur gegebenen oder doch ohne seinen Willen hergestellten Zustande seines Grundstücks unterläßt, die Einwirkung von Naturkräften auf das Nachbargrundstück zu verhindern, scheint sich aus **RG** 52, 373 zu ergeben, wird aber **RG** 134, 236 mit Recht in Zweifel gezogen.

4. Die **Kosten** der **Beseitigung** hat stets der Störer zu tragen. Dabei wird er nicht mit der Verteidigung gehört, die Beseitigung sei derart erschwert, daß sie für unmöglich gelten müsse; gegenüber dem dinglichen Anspruch ist für einen Einwand der Unmöglichkeit der Leistung kein Raum (**RG** JW 1910, 754[15]). Hat der Kläger selbst schon die Störung beseitigt, so haftet ihm der Störer auf Erstattung der Kosten nach Bereicherungsgrundsätzen. Dabei ist § 254 entsprechend anwendbar, wenn der Kläger mit seinem Eigentum in einer Weise verfahren ist, die für einen andern die Klage aus § 1004 begründen würde, falls die vom Kläger ergriffene Maßnahme einen Eingriff in fremdes Eigentum zur Folge gehabt hätte (**RG** 138, 329). Der Sachverhalt war hier der, daß die Halde einer Fabrik sich selbst entzündet und das Feuer auf die aus Haldenstoff hergestellten Bahndämme der Klägerin übergegriffen hatte; wäre erst der Damm in Brand geraten und hätte das Feuer von hier aus auf die Halde übergegriffen, so hätte § 1004 der Fabrik einen Anspruch gegen die klagende Bahn verliehen. — Beseitigung bedeutet nicht notwendig Naturalrestitution im strengsten Sinn, sondern kann auch in Herstellung eines ähnlichen Zustandes bestehen (Recht 1919 Nr 428). Wie sie geschehen soll, haben Klage und Urteil in der Regel dem Beklagten zu überlassen. Einerseits kann die Frage, was zur wirksamen Verhütung unzulässiger Einwirkungen nötig ist, meist nur von Fall zu Fall in der Zwangsvollstreckung entschieden werden. Anderseits hat der Kläger kein Recht auf bestimmte Maßnahmen und darf dem Beklagten die Möglichkeit der Wahl nicht verschränken (vgl. **RG** 37, 174; 40, 184; 60, 121; JW 00, 501; 00, 840[6]; 01, 849[32]; 02 Beil 203; 03 Beil 103; 06, 749[21]; 1911, 325[20]; Warn 1910 Nr 337; 1913 Nr 181; 1917 Nr 245). Nur wenn klar ist, daß andere Mittel als die Entfernung der störenden Anlage oder die völlige Unterlassung der Einwirkungen nicht helfen, kann sofort hierauf geklagt werden (vgl. **RG** JW 00, 640 = 02 Beil 26; 08, 682[14]). Dagegen kommt es in der Zwangsvollstreckung darauf an, ob § 887 oder § 888 ZPO anzuwenden ist und ob der Verurteilte alles, was in seinen Kräften steht, getan hat. Daher hat nunmehr der Kläger bestimmte Maßregeln anzugeben, die er zur Beseitigung der Beeinträchtigung für geeignet hält (vgl. **RG** 60, 120; JW 99, 304[11]; 03 Beil 77). Durch abhelfende Vorkehrungen während des Prozesses wird der Kläger nicht immer klaglos gestellt. Solange die nachteilige Anlage besteht und jederzeit schädlich wirken kann, ist es unerheblich, ob die Übergriffe zeitweise vermindert wurden oder aufhörten. Vielmehr muß dem Kläger ein Schutz für den Fall gewährt werden, daß die getroffenen Einrichtungen wieder beseitigt werden oder sich in der Folge doch nicht als zureichend erweisen (vgl. **RG** 36, 178; JW 98, 610[41]; 02, 70 = Beil 181; 02 Beil 203; 06, 556[25]; Warn 1917 Nr 245; Gruch 44, 869; 23. 3. 25 V 286/24). Erst wenn beides nicht mehr in Frage kommt oder eine Rückkehr der schädigenden Einwirkungen ausgeschlossen erscheint, darf er als befriedigt gelten, so daß seine gleichwohl aufrechterhaltene Klage abzuweisen ist (**RG** JW 99, 757[38]; 1910, 654[12]; 1911, 326[21]; 1931, 3444[12]; 1932, 2984[11]; Warn 1912 Nr 215). Nur unter dieser Voraussetzung ist auch die Vollstreckungsgegenklage des verurteilten Störers, die Vollstreckung für unzulässig zu erklären, begründet (vgl. **RG** JW 1913, 738[8]). — Eine Einschränkung des Beseitigungsanspruchs, die aber durch einen unbedingten Anspruch auf Schadensersatz wettgemacht wird, ergibt sich aus GewO § 26. Danach darf gegenüber einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, die die benachteiligende Einwirkung ausschließen, oder, wenn solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Gewerbebetriebe unvereinbar sind, auf Schadloshaltung geklagt werden. Nach EG Art 125 läßt sich diese Vorschrift landesgesetzlich auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstrecken. Entschädigung kann ferner in Fällen der Ausübung staatshoheitlicher Rechte oder bei behördlich genehmigten Anstalten, die im öffentlichen Interesse betrieben werden, auf Grund des Landesrechts beansprucht werden (vgl. für Preußen §§ 74, 75 Einl zum ALR). Endlich erkennt die Rechtsprechung des Reichsgerichts einen solchen Anspruch überall da schon an, wo dem Beeinträchtigten das Recht, auf Beseitigung der störenden Einwirkung und Untersagung des gefährlichen Betriebs zu klagen, durch besondere gesetzliche Bestimmungen entzogen ist. Vgl. **RG** 59, 74; 63, 376; 70, 152; 97, 291; 98, 348; 101, 102 und dazu § 906 A 13 Abs 2. — Hiervon abgesehen ist der Störer nur nach §§ 823ff., also regelmäßig bei Verschulden, schadensersatzpflichtig (vgl. **RG** 45, 299; 58, 131; 61, 256; 121, 189). Die Negatoria selber richtet sich nicht auf Schadensersatz, sondern bedarf der Verbindung mit dem Anspruch aus der unerlaubten Handlung. Doch wird dies in der Praxis häufig nicht fühlbar, da ein Verschulden des Störers nichts weiter voraussetzt, als daß er die nachteiligen Folgen seines Tuns für den Eigentümer bei Anwendung der

erforderlichen Sorgfalt voraussehen konnte (RG Gruch 44, 870; vgl. auch 32, 890; 38, 712; RG 6, 222; 32, 340; JW 94, 579[28]; 96, 84[8]). In RG 16. 1. 32 IX 469/31 war dem Beseitigungsanspruch durch Unterlassungsurteil mit Veröffentlichungszwang bereits genügt, gleichwohl konnte als eine Form des Schadensersatzes noch der Widerruf der beleidigenden Behauptungen verlangt werden (RG 97, 344). — Auf guten oder bösen Glauben des Störers, Störung vor oder nach dem Prozeßbeginn, kommt es nicht an; die §§ 987ff. haben für die Negatoria keine Geltung. Nur wenn er zugleich Eigenbesitzer der durch ihn beschädigten Sache ist, verhält es sich anders: nach § 992 ist er den Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht unterstellt, es sei denn daß, er den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch strafbare Handlung erlangt hätte. Ein Recht, den Eigentümer durch Entschädigung in Geld abzufinden, steht dem Störer nicht zu, mag auch die Beseitigung der Beeinträchtigung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich sein. Da die Beseitigungspflicht keine Schadensersatzpflicht ist, greift § 251 Abs 2, der hier auf eine Enteignung hinauslaufen würde, nicht Platz (vgl. RG 51, 411; Warn 1916 Nr 51 a. E.; 28. 6. 26 V 511/25; OLG 4, 313; 36, 157; 41, 162; JW 1921, 252; Recht 1919 Nr 427).

5. Die **Unterlassungsklage** bringt den Vorteil mit sich, daß dem verurteilten Störer nach ZPO § 890 eine Ungehorsamsstrafe angedroht und Sicherheitsleistung für künftigen Schaden auferlegt werden kann. Die sonderrechtlichen Einschränkungen des Beseitigungsanspruchs machen sich auch hier geltend (vgl. A 4; § 906 A 13 Abs 2). Vorausgesetzt ist die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen. Die bloß abstrakte Möglichkeit, daß ein schadenbringendes Ereignis sich wiederholen könne, genügt hierbei nicht (vgl. RG 63, 379: Gasrohrbruch; OLG 31, 329: Wasserrohrbruch; RG JW 1913, 543[8]; Warn 1918 Nr 55), vielmehr muß ein ernster Anlaß zur Besorgnis gegeben sein. Nicht selten wird die Wiederholungsgefahr, für die der Kläger beweispflichtig ist, aus der Sachlage von selbst hervorgehen (RG 60, 8; 84, 147; 86, 255; 98, 267; JW 1929, 1233[31]). Maßgebend ist grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (vgl. RG JW 05, 140[19]; RG Recht 1911 Nr 510). Doch muß der Einwand, daß Abhilfe während des Rechtsstreits geschaffen sei, streng genommen werden (vgl. A 4). Sodann erfordert auch der Unterlassungsanspruch, wie die Negatoria im allgemeinen (vgl. A 1), daß ein Eingriff bereits vorliegt. Solange eine Beeinträchtigung noch gar nicht stattgefunden hat, kann von Besorgnis „weiterer" Beeinträchtigungen keine Rede sein (RG Warn 1911 Nr 330). Daß diese Voraussetzung durch ZPO § 259 (Klage auf künftige Leistung) verb. mit BGB § 241 (Unterlassung als Leistung) entbehrlich geworden wäre, ist nicht zuzugeben. ZPO § 259 und BGB § 1004 sind gleichzeitig in Kraft getreten; bestände ein Widerspruch, so wäre § 1004 die lex specialis (RG 101, 340). Gegebenenfalls kann aber auch schon die Bedrohung mit einem Eingriff in das Eigentum als widerrechtlicher Eingriff selbst erscheinen und den Unterlassungsanspruch entstehen lassen (RG 101, 340; JW 1931, 1191[10a]; 1932, 400[7]). Es genügt, wenn bei solchem Verhalten der Störer nur wirtschaftlich, nicht auch schon rechtlich Inhaber des störenden Betriebes war (RG JW 1931, 1191[10a]).

6. **Wegfall des Anspruchs, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.** Die Verpflichtung zur Duldung kann auf Gesetz beruhen, wie namentlich in den Fällen der allgemeinen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen (§§ 904, 905 Satz 2, 906, 912 Abs 1) und des Nachbarrechts (EG Art 124). Reichsrechtlich ist das Nachbarrecht neuerdings behandelt worden durch das Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksertüchtigung von besonderer Bedeutung sind, vom 13. 12. 33 (RGBl I 1058). Hier wird der Grundsatz: **„Gemeinnutz geht vor Eigennutz"** zu praktischer Auswirkung gebracht. Nach § 1 das. darf der Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks, das durch Einwirkungen der oben bezeichneten Betriebe beeinträchtigt wird — vorbehaltlich besonderer Ansprüche aus bürgerlich-rechtlichem Titel, namentlich aus Vertrag oder unerlaubter Handlung — weder Einstellung des Betriebes noch Herstellung von Einrichtungen verlangen, welche die nachteilige Einwirkung ausschließen oder mindern. Entschädigung darf nur verlangt werden, wenn sie bei Genehmigung des Betriebes dem Unternehmer auferlegt ist. Ihre Höhe wird vom Reichsminister des Innern bestimmt, der Rechtsweg ist insoweit ausgeschlossen, § 1 Abs 2, § 2 Abs 3 aaO. Vor der Genehmigung ist zu prüfen, ob Gefahren, erhebliche Verluste oder Belästigungen entstehen, ob sie wegen des Wertes der Anlage für die Volksertüchtigung den Nachbarn zuzumuten und ob zu deren Schutz oder Entschädigung irgendwelche Auflagen zu machen sind, § 2 Abs 1 und 2. — Die Duldungspflicht kann sich auch aus der Bestimmung des im Privateigentum stehenden Grundstücks zu öffentlichen Zwecken, z. B. als Weg oder Friedhof (RG 46, 297; 20. 1. 23 V 193/22) ergeben; sie kann endlich auch ein Rechtsgeschäft zur Grundlage haben. Steht dem Störer ein subjektives Recht auf die Einwirkung zu, so kann dies dinglicher Natur (Grunddienstbarkeit usw.) oder obligatorisch sein; letzteres sowohl als Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Rechtes (vgl. RG ZBlFG 5, 371) wie als Anspruch auf Duldung der Einwirkung schlechthin. Der Beauftragte, der als Störer belangt ist, weil von ihm weitere Beeinträchtigungen drohen (A 3), wird durch ein Recht seines Auftraggebers gedeckt (RG 20. 1. 23 V 193/22). Wer im Zusammenhang mit einem Vertrage den vom andern Teil geplanten Eingriffen, z. B. dem Errichten oder dem Umbau von Gebäuden, zugestimmt hat, bleibt hieran auch dann gebunden, wenn

der Vertrag sich späterhin als nichtig erweist; dem Eingriff fehlt dann die Rechtswidrigkeit (RG 131, 336). Dieser Entscheidung des IV. Senats hat auch der VI. zugestimmt (RG 133, 296), der früher abweichend erkannt hatte (RG JW 1929, 744[15]). — Ein Vertrag, wodurch sich der Eigentümer zur Duldung verpflichtet, kommt mitunter stillschweigend zustande. So liegt ein Verzicht auf die Negatoria im Verkauf von Grundstücksteilen zur Errichtung eines Betriebs, der das Restgrundstück beeinträchtigen muß (RG 29, 268; RG SeuffA 58 Nr 142). Dabei ist zu beachten, daß dieser Verzicht nicht nur zugunsten des Käufers, sondern nach § 328 auch zugunsten seiner Rechtsnachfolger im Eigentum wirkt (RG 66, 126). Umgekehrt wird, wenn der Verkäufer auch das Restgrundstück veräußert, dessen Erwerber ohne eigene Übernahme der Verpflichtung durch den Verzicht nicht gebunden (RG 66, 128). Hat ein früherer Eigentümer, sei es auch mit der Absicht der Dauer, eine Erdaufschüttung auf dem Grundstück gestattet, so kann darum doch der spätere die Beseitigung der als solche noch erkennbaren Anlage verlangen (a. M. RG SeuffA 36 Nr 261 und 64 Nr 111 unter 1; vgl. auch RG Gruch 48, 946; Grabenziehung). Das bloß persönliche Recht zur Einwirkung richtet sich regelmäßig nur gegen denjenigen, mit welchem der obligatorische Vertrag geschlossen ist. So auch in dem Falle RG 81, 216, wo ein Gasrohrnetz in den Körper der schon von einer elektrischen Kleinbahn benutzten Landstraße eingebettet war und von Anfang an Gefahr der Beschädigung der Gasrohre durch abirrende elektrische Ströme bestand. Die Negatoria der Gasanstalt gegen die Kleinbahn mußte zwar an § 1004 Abs 2 scheitern, aber nicht deshalb, weil der Vertrag der Beklagten mit dem Eigentümer der Straße ihr der Klägerin gegenüber ein Recht auf die Einwirkungen gegeben hätte, sondern weil in dem von dieser selbst mit dem Straßeneigentümer geschlossenen Vertrage ein Verzicht auf den Einspruch gegen die Einwirkungen zu erblicken war (§§ 157, 328). Doch kommen, auch abgesehen von Beerbung und Schuldübernahme, Fälle vor, in denen das obligatorische Recht einem andern als dem, der es einräumte, entgegengesetzt werden kann. Wird die störende Einwirkung durch den Käufer eines Grundstücks gestattet, der einstweilen nur den Besitz erlangt hat, so ist der Störer dadurch gegen die Klage des Eigentümers geschützt. Was nach sinngemäßer Auslegung des § 986 Abs 1 Satz 1 gegenüber der Vindikation gilt (vgl. § 986 A 2), muß auch der Negatoria gegenüber entsprechend angewendet werden. — Nach RG JW 08, 334[17] soll auch ein öffentlich-rechtliches Störungsrecht, möge es in landespolizeilichen oder in sonstigen, aus Rücksichten des Gemeinwohls getroffenen obrigkeitlichen Anordnungen wurzeln, eine Einwendung nach § 1004 Abs 2 verleihen. Indessen ist in solchen Fällen richtiger der Rechtsweg für ausgeschlossen zu erachten. Er ist nicht gegeben, wenn schon nach dem Klagevortrag der abzuwehrende Eingriff auf eine öffentlich-rechtliche, der gerichtlichen Entscheidung nicht unterliegende Befugnis gestützt wird (vgl. RG JW 09, 252[6] mit Nachw.; Vorbem vor § 812 A 2 und wegen der Negatoria z. B RG 44, 226; 46, 296; 56, 25; 75, 399; 93, 259; 102, 248; 108, 168; JW 00, 572[20]; 08, 245[20]; Warn 08 Nr 380; 1916 Nr 248; Gruch 60, 684; RG 6. 11. 18 V 158/18; JW 1917, 937: Bombenabwürfe einer Fliegerbeobachterschule). Beruft sich der Beklagte für seine störende Anlage auf eine polizeiliche Genehmigung, so hängt die Zulässigkeit des Rechtswegs für die Klage davon ab, ob die Genehmigung nur den Inhalt hat, daß der Ausführung der Anlage öffentliche Interessen nicht entgegenstehen (z. B. Bauerlaubnis), oder ob ihr die Bedeutung einer polizeilichen Verfügung beiwohnt, die die Anlage im öffentlichen Interesse für notwendig oder zweckmäßig erklärt. Im letzteren Falle ist der Rechtsweg ausgeschlossen (vgl. RG 59, 72; 75, 399; JW 93, 508[38]; 00, 629[19]; Warn 1910 Nr 335; 1916 Nr 57; Gruch 34, 1132; 39, 683; 53, 1077). Dagegen führt die Berufung des Beklagten auf den Gemeingebrauch keine Unzulässigkeit des Rechtswegs herbei (vgl. RG 75, 399). Mit dem Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen und Wegen hat sich die Rechtsprechung vielfach zu beschäftigen gehabt. Dabei ist davon auszugehen, daß das Eigentum der Gemeinde an der Straße oder dem Weg echtes Privateigentum ist, beschränkt durch die Zweckbestimmung der Straße, dem Gemeinwohl zu dienen; Gemeingebrauch ist demgegenüber der einem jeden kraft öffentlichen Rechts offenstehende freie Gebrauch des Weges für den Verkehr innerhalb der besonderen Bestimmung des einzelnen Weges und der verkehrsüblichen Grenzen; der Gemeingebrauch der öffentlichen Wege beschränkt sich nicht auf den unmittelbaren Verkehr, d. h. das Reisen und Fortbewegen von Sachen, die Grenzen sind vielmehr wandelbar, je nach der Entwicklung des Verkehrs und seiner Mittel und auch nach der örtlichen Gestaltung (RG 132, 399; 123, 190). Im Rahmen dieser Grundsätze ist entschieden worden über Erker (JW 1933, 931[3]), Tankstellen (RG 123, 190), Lichtreklame (RG 123, 181), Straßenhandel (RG 125, 109), Schutzdächer von Hotels (RG 132, 398), Fahren mit schweren Autoomnibussen (RG 133, 153; 139, 29). Hinzuzufügen ist vielleicht noch, daß auch die Auffassungen über das Recht des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs sich wandeln können (Gemeinnutz geht vor Eigennutz). — Die Einwendung des Störungsrechts erscheint nach der Fassung des Gesetzes („der Anspruch ist ausgeschlossen") als Einwendung im engern Sinn. Das liegt aber nur daran, daß die Verfasser in erster Linie die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen im Auge hatten. Stellt der Beklagte der Klage ein subjektives Recht zur Störung entgegen, so muß es sich ebenso verhalten wie nach § 986 Abs 1 bei der Vindikation; die Verteidigung ist dann als Einrede zu behandeln. Über die Bedeutung des Unterschiedes vgl. § 986 A 1 a. E.

7. **Quasinegatoria.** a) Klagen nach Art der Eigentumsfreiheitsklage finden sich im BGB, außer den in A 2 erwähnten Fällen, in §§ 12, 550, 862, 1053, 1134; von andern Gesetzen vgl. HGB § 37 und UWG §§ 1, 3, 13, 14, 16. Darüber hinaus aber ist es, trotz des Schweigens der Gesetzgebung, zweifellos Rechtens, daß **alle absoluten Rechte** durch Unterlassungsklage geschützt sind. Das gilt z. B. von dem Fischereirecht (RG 75, 398; RG Recht 1917 Nr 2010; 9. 2. 26 VI 257/25), auch von dem den Gegenstand der Jagdpacht bildenden Jagdrecht (RG 107, 296; JW 1922, 233), von den Wassernutzungsrechten der Flußanlieger (RG 89, 216; 90 S. 49, 60), von dem Forderungspfandrecht, auch soweit die §§ 1227, 1273 Abs 2 nicht Platz greifen (RG 14. 5. 18 VII 51/18). Vor allem wird im Immaterialgüterrecht (PatG § 4; GebrMustG § 4; MustG § 1; LitUG § 11; KunstUG § 15) die Unterlassungsklage als selbstverständliche Folge des Ausschließungsrechts behandelt (vgl. für das Patentrecht RG 101, 135, Gruch 50, 1158, JW 1917, 222[9]; für das Geschmacksmuster RG 45, 61; für literarisches Urheberrecht RG 102, 142, LZ 1915, 1676, OLG 31, 327). Ebenso ist diese Klage im Persönlichkeitsrecht nicht auf die im Gesetz genannten Fälle des bürgerlichen oder kaufmännischen Namens (§ 12, HGB § 37) beschränkt, sondern dient insbesondere zum Schutze des Warenzeichens (vgl. WZG § 12). Da auch die Befugnis, ein bestehendes gewerbliches Unternehmen ungehindert fortzuführen (der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb im Gegensatz zu der allgemeinen Freiheit, ein Gewerbe zu betreiben), vom Reichsgericht überwiegend als subjektives Recht aufgefaßt wird (vgl. u. a. RG 56, 275; 58, 29; 64 S. 55, 156; 65, 210; 73, 111; 77, 218; 117, 412; 132, 314), ergibt sich schon hieraus, daß widerrechtliche Störungen des Betriebs (Einwirkungen unmittelbar auf den Betrieb, d. h. den Bestand des Unternehmens als solchen, aber auch unbefugte Beeinträchtigungen des gewerblichen Betätigens), wie namentlich Beunruhigungen des Inhabers durch Warnungen mit oder ohne Anmaßung gewerblicher Ausschließungsrechte, mit der Unterlassungsklage verfolgt werden können (vgl. RG 58, 29; 109, 52; 132, 316; JW 05, 174[15]; 08, 133[1]; 1915, 327[4]; 1929, 1217[25]; Warn 1927 Nr 55; 10. 12. 25 V 248/25; 27. 2. 31 II 155/30). Ob die Warnung im guten Glauben an den behaupteten Schutzumfang des Patentes geschieht oder nicht, ist unerheblich; objektive Widerrechtlichkeit genügt; sie ist gegeben, wenn die Warnung eine Handlung verhindern soll, welche nach seinem wirklichen Schutzumfang keine Verletzung des Patentes bedeutet (RG 141, 338 gegen 16. 5. 30 II 472/29). In allen genannten Fällen ist die Regelung im einzelnen nach dem Vorbild der Eigentumsfreiheitsklage gestaltet. Grundsätzlich wird mithin vorausgesetzt, daß eine irgendwelche Beeinträchtigung des Rechtes des Klägers bereits stattgefunden hat. Doch kann dies hier vielfach nicht so streng genommen werden wie bei der unmittelbaren Anwendung des § 1004. Besonders auf den Gebieten des gewerblichen Lebens und des Immaterialgüterrechts ist es Bedürfnis, daß der Berechtigte nicht abzuwarten braucht, bis grobe Eingriffe vorgenommen sind, sondern daß er jede dahin zielende Tätigkeit untersagen lassen kann, sobald ein anderer auch nur Anstalten zu solchem Zwecke trifft; bloße Möglichkeiten reichen aber nicht aus (RG JW 1931, 416[16]). Sprechen Tatsachen dafür, daß Eingriffe vorbereitet oder beabsichtigt werden, so genügen Ankündigungen in Prospekten, Katalogen und andere Veröffentlichungen; es genügt dann sogar eine Berühmung im Briefwechsel (vgl. für das Warenzeichenrecht RG 54, 414; 104, 379; JW 1895, 485[33]; 1923, 180[12]; für das Patentrecht RG 101, 135; Bolze 8 Nr 148; für das Urheberrecht RG Recht 1918 Nr 144). Daher kann ferner, wenn der Gegner bisher nur in einer einzelnen bestimmten Richtung das Zeichenrecht des Klägers verletzt hat, aber anzunehmen ist, daß er in Zukunft noch anderweit eingreifen wird, ein allgemeines Verbot der Verletzung erwirkt werden (vgl. RG JW 1899, 238[43]; 00, 301[21]; 01, 659[25]). Von diesem Falle abgesehen, sind Klagantrag und Urteilsverbot konkret zu fassen und auf den begangenen Eingriff abzustellen. Auch bei einer Vielheit von Eingriffen kann davon nicht abgesehen werden (RG 123, 309). Ein Verbot, „das Recht des Klägers nicht zu verletzen", würde inhaltlos und daher unzulässig sein (vgl. wegen des Warenzeichens RG 42, 19; wegen des Patentes RG JW 1893, 429[21]; 04, 218[35]; RG Recht 07 Nr 1245, 1246; RG LZ 07, 907[11]). Die zweite Voraussetzung ist die Wiederholungsgefahr. Handelt es sich um ein ganz vereinzeltes Vorkommnis und sind Wiederholungen in keiner Weise zu befürchten, so ist die Klage nicht gegeben (vgl. RG JW 01, 808[20]). Für den Bereich des Wettbewerbs- und des Warenzeichengesetzes wird dieses Erfordernis mitunter geleugnet (vgl. RG 78, 212) oder doch eine Umkehrung der Beweislast angenommen (vgl. RG 60, 154; 104, 381 f.; Warn 1912 Nr 449). Anders mit Recht RG 96, 244. Richtig ist nur, daß der Beweis hier häufig schon in der Sache selbst liegt, indem die Tatsache, daß überhaupt ein Eingriff verübt wurde, bis zur schlüssigen Darlegung eines dauernden Fortfalls der Wiederholungsgefahr die Untersagung rechtfertigt (vgl. dafür auch RG 60, 8; 84, 147; 86, 255; 98, 267; RG Recht 07 Nr 1248; 09 Nr 585). Darüber hinaus ist jetzt aber auch ausgesprochen: die Gefahr der Wiederholung unrichtiger Angaben liegt in der Regel mit so großer Wahrscheinlichkeit vor, daß ihr Nichtbestehen vom Beklagten bewiesen werden muß (RG JW 1929, 1223[31]); eine Patentverletzung begründet in der Regel die tatsächliche Vermutung, daß künftige gleichartige Verletzungen drohen, der Störer muß sie widerlegen (RG 125, 393). Auch die Person des Anspruchsgegners bestimmt sich nach den oben erörterten Gesichtspunkten. Fällt der Eingriff

in das Recht einer juristischen Person zur Last, so ist nicht nur diese selbst, sondern ebenso ihr gesetzlicher Vertreter passiv legitimiert (RG JW 1917, 222[3]). Nach UnlWG § 13 Abs 3 ist der Unterlassungsanspruch, wenn in einem geschäftlichen Betriebe unlauterer Wettbewerb von einem Angestellten oder Beauftragten vorgenommen wird, auch gegen den Inhaber des Betriebs begründet. Der Ort der Rechtsverfolgung ist der des Wohnsitzes oder Sitzes des Gegners (ZPO §§ 13, 17). Da das absolute Recht als solches, nicht eine durch seine Verletzung verübte unerlaubte Handlung den Grund der Klage bildet, kann diese auch dann nicht im Gerichtsstand des § 32 ZPO erhoben werden, wenn der Beklagte schuldhaft gehandelt hat (vgl. RG 24, 394; JW 1890, 109[1]). Nur wenn der Unterlassungsanspruch mit dem Anspruch auf Schadensersatz zusammen geltend gemacht wird, setzen sich RG 24, 394; JW 1915, 1023[27] (vgl. auch SeuffA 70 Nr 203) aus Zweckmäßigkeitsrücksichten über ZPO § 260 hinweg. An **Einzelheiten** sei noch vermerkt: auch der objektiv rechtswidrige Eingriff einer Behörde in den freien Gewerbebetrieb eines privaten Unternehmens kann unter § 1004 fallen, im gegebenen Falle (staatlich angeordnete Schülerzwangsversicherung bei Gemeindeversicherungsverbänden) ist das aber verneint worden (RG 128, 134ff.); den Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen ist eine Klagebefugnis nur gegeben, wenn der Unterlassungsanspruch auf die Vorschriften des Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb gegründet ist, § 13 das., auf die §§ 1004, 823, 826 ihre Klage zu stützen, sind sie nicht in der Lage (RG 138, 175). — b) Das Reichsgericht geht in Beachtung der Verkehrsbedürfnisse noch über die absoluten Rechte hinaus, indem es grundsätzlich annimmt, daß **jeder Eingriff in ein vom Gesetze geschütztes Gut** — namentlich Ehre (RG 124, 257) und Kredit kommen in Betracht —, sofern weitere Eingriffe zu befürchten sind, die Unterlassungsklage erzeugt. Vgl. Vorbem vor § 823 A 6. Auch dies läßt sich nur vom Standpunkt der Quasinegatoria aus begründen. Der anfängliche Versuch, die Klage auf dem Gedanken des Schadensersatzes und der Herstellung des früheren Zustandes (§ 249) aufzubauen (vgl. z. B. RG 48, 119; 77, 219), mußte daran scheitern, daß ein durch eine vergangene Handlung entstandener Schaden durch Unterlassung von Wiederholungen nicht ersetzt wird. Die Unterlassungsklage hat immer abwehrenden (präventiven) Charakter; sie soll künftigen Eingriffen vorbeugen. In der Hauptsache ist das Reichsgericht denn auch der Rechtsähnlichkeit der Negatoria gefolgt. Es erkennt an, daß ein Verschulden des Täters nicht notwendig ist (vgl. RG 60, 7; 61, 369; 95, 339; JW 07, 47[8]; 1915 S. 29[13], 34[18]; 1916, 739[4]; Warn 1914 Nr 17; RG SeuffA 69 Nr 105) und daß Unterlassung auch dann gefordert werden kann, wenn dem Täter bis dahin nach § 824 Abs 2 oder nach StGB § 193 der Schutz berechtigter Interessen zustatten kam (RG 60, 7; 61, 369; 78, 215; 84, 295; 95, 343; JW 07, 47[8]; Warn 1918 Nr 95). Als Voraussetzung verlangt es einen schon verübten Eingriff, doch so, daß unter Umständen auch die Drohung als Eingriff genügt (RG 101, 335; JW 1931, 416[16]). Wegen der Wesensverschiedenheit der beiden Ansprüche behandelt es den Übergang vom Unterlassungs- zum Schadensersatzanspruch als Klagänderung (RG 88, 132; RG 4. 6. 20 II 31/20). Daß in RG Recht 08 Nr 2669 der Unterlassungsanspruch der Verjährungsbestimmung des § 852 unterworfen wird, ist hiermit durchaus vereinbar, da § 852 auch in andern Fällen des objektiven Unrechts entsprechend angewendet werden muß (vgl. RG 70, 157). Dagegen bedeutete es eine Abweichung von dem Recht der Negatoria, daß das Reichsgericht das Rechtsschutzbedürfnis nicht schon mit der Wiederholungsgefahr für gegeben ansah und den Unterlassungsanspruch wenigstens regelmäßig dann versagte, wenn die Handlung unter öffentliche Strafe gestellt war, mochte auch die Verfolgung nur auf Privatklage stattfinden (RG 77, 217; 82, 64; 88, 130; 91 S. 265, 350; 95, 339; 98, 36; JW 1910, 993[3]). Neuerdings hat das Reichsgericht diese Ansicht fallen lassen; angezweifelt war sie bereits RG 115, 84, entschieden ist die Frage RG 116, 151ff., offen bleiben konnte sie wiederum RG 124, 258. Das Reichsgericht hält jetzt die quasinegatorische Unterlassungsklage für zulässig, auch wenn der Kläger auf strafrechtlichem Wege Schutz gegen die Zuwiderhandlungen erlangen könnte. In den Fällen, in denen sich der Verletzte gegen eine fortdauernde Beeinträchtigung wendet, z. B. Aufhebung von Sperr- und Boykottmaßregeln (RG 48, 114; 56, 286; 79, 17), Entfernung von Plakaten, Tilgung von Stellen in Druckschriften (RG 57, 157), Zurücknahme beleidigender Behauptungen (RG 60, 20; 88, 133; 97, 343; JW 1919, 993[3]; Warn 1913 Nr 449) verlangt, hält das Reichsgericht an dem Deliktsstandpunkt fest, indem es der Klage, die es dann mit dem widerspruchsvollen Namen einer „wiederherstellenden (repressiven) Unterlassungsklage" bezeichnet, nur bei Verschulden nach Maßgabe der §§ 823ff. stattgibt (vgl. außer den angef. Urteilen noch RG 91, 267; JW 1913, 34[23]). Auch in RG 16. 1. 32 IX 469/31 wird der Anspruch auf Widerruf beleidigender Behauptungen als Schadensersatzanspruch aufgefaßt, vgl. oben A 4 a. E. Richtiger dürfte es sein, auch in solchen Fällen die Negatoria, und zwar ihren Beseitigungsanspruch (A 4) zum Muster zu nehmen, der selbständig neben dem Unterlassungsanspruch steht. Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, daß die fortdauernde widerrechtliche Beeinträchtigung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage beseitigt werden muß.

§ 1005

Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein anderer als der Eigentümer der Sache besitzt, so steht diesem gegen den Besitzer des Grundstücks der im § 867 bestimmte Anspruch zu [1]).

E I 867 II 917; M 3 296—299; P 3 164—167.

1. Ist eine bewegliche Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt, so hat der Sachbesitzer den Abholungsanspruch des § 867. Diesen Anspruch gibt § 1005 auch dem Eigentümer der Sache, ohne Rücksicht darauf, ob er Besitzer ist oder war. Von Bedeutung wird das freilich nur, wenn über das Eigentum an der Sache kein Streit herrscht. Trifft dies nicht zu und müßte zum Beweise des Eigentums auf die Vermutung des § 1006 Abs 1 zurückgegriffen werden, so wird zweckmäßiger der Anspruch aus § 867 erhoben, da gegen diesen Einwendungen aus dem Recht nicht zulässig sind. Der Kläger hat darzutun, daß sich die Sache irgendwo auf dem Grundstück befinden muß; alsdann kann er fordern, daß ihm der Grundstücksbesitzer gestattet, sie dort zu suchen und wegzuholen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn die Sache inzwischen durch den Grundstücksbesitzer oder einen Dritten in Besitz genommen wurde (vgl. § 867 Satz 1). Auch in bezug auf das Schadensersatzverlangen und das Weigerungsrecht des Grundstücksbesitzers sowie hinsichtlich der Selbsthilfe des Sacheigentümers gilt das gleiche wie nach § 867. Der Sacheigentümer kann den Abholungsanspruch und eventuell, für den Fall daß der Grundstücksbesitzer die Sache in Besitz genommen hat, die Vindikation geltend machen. Letzterem Anspruch steht die Einrede aus § 867 Satz 2, 3 nicht entgegen (SeuffA 66 Nr 31).

§ 1006

[1]) Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei [2]). Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt [3]).

Zugunsten eines früheren Besitzers wird vermutet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei [4]).

Im Falle eines mittelbaren Besitzes gilt die Vermutung für den mittelbaren Besitzer [5]) [6]).

E I 825 II 918; M 3 133—135; P 3 45—48, 380—383.

1. § 1006 bringt den wichtigen Rechtssatz, **daß der Besitzer einer beweglichen Sache als ihr Eigentümer vermutet wird.** Maßgebend für diese Bestimmung war in erster Linie der Gedanke des Schutzes des gegenwärtigen Besitzers, der ohne sie einem früheren Eigentümer gegenüber unterliegen müßte, falls ihm der oft schwierige Beweis seines Eigentumserwerbs nicht gelänge (Prot 3, 382). Die Hauptbedeutung der Vorschrift liegt denn auch auf dem Gebiet der Vindikation. Darüber, wie sich hier die Beweislastverteilung gestaltet, vgl. § 985 A 6. Bei der Negatoria, die freilich selten bewegliche Sachen betrifft, erleichtert die Vorschrift dem gegenwärtigen Besitzer den Angriff (vgl. § 1004 A 2). Ihre Anwendbarkeit erstreckt sich aber auch auf manche persönlichen Ansprüche. So kommt die Eigentumsvermutung dem Kläger beim Vorlegungsanspruch zustatten (§ 809); ist ferner eine bewegliche Sache in das Eigentum des Beklagten ohne rechtlichen Grund gelangt, so kann der frühere Besitzer mit Hilfe der Eigentumsvermutung den Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums oder Ersatz des vollen Sachwerts begründen (§§ 812, 816, 818); ähnlich beim Schadensersatzanspruch wegen Entziehung, Beschädigung oder Zerstörung der Sache nach §§ 823ff. (vgl. **RG** 20. 11. 22 VI 142/22). Nicht anwendbar ist die Vermutung aber, wenn die vertraglichen Beziehungen festzustellen sind, in welche der Besitzer zu einem anderen getreten ist und deren Folgen streitig sind (**RG** 10. 12. 26 VI 264/26).

2. Die Vermutung des Eigentums besteht zugunsten des **Besitzers** der Sache. Mitbesitzer werden als Miteigentümer vermutet, und zwar zufolge § 741 als Miteigentümer nach Bruchteilen. Beweist einer von ihnen, daß die übrigen Fremdbesitzer oder Nichteigentümer sind, so spricht die Vermutung für sein Alleineigentum. Im Falle des § 855 ist es der Besitzherr, nicht der Besitzdiener, für den die Eigentumsvermutung bestimmt ist. Eine Besitzvermutung gibt es nicht, auch nicht für den Ehemann als Haushaltungsvorstand, wenn es sich um die in der häuslichen Gemeinschaft befindlichen, nicht zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen handelt (vgl. **RG** JW 1911, 327[23]; § 1354 A 1). — Die Vermutung gilt dem Eigenbesitzer der Sache (§ 872). Allerdings braucht der Besitzer nicht den Eigenbesitz zu beweisen, vielmehr wird er kraft einer weiteren Vermutung zunächst als Eigenbesitzer angesehen. So gilt z. B. der Kaufmann

als Eigentümer seiner Schaufensterauslagen, und es genügt zur Widerlegung nicht der Hinweis darauf, daß ein Teil solcher Sachen dem Inhaber eines Schaufensters von anderen Firmen zur Reklame oder zum Versuch eines kommissionsweisen Verkaufs überlassen zu werden pflegt (vgl. RG 20. 11. 22 VI 142/22). Steht aber fest, daß der Besitzer die Sache nicht als ihm gehörend besitzt, so entfällt die Eigentumsvermutung, gleichviel ob er einem andern den Besitz vermittelt (vgl. A 5) oder ob, etwa im Fall des Fundbesitzes, ein mittelbarer Besitz nicht besteht. Doch kann dem unmittelbaren Besitzer eine dem § 1006 entsprechende Vermutung zustatten kommen, dann nämlich, wenn er Nießbrauchs- oder Pfandbesitzer ist (vgl. §§ 1065, 1227). Auf die Vermutung, daß er Nießbraucher oder Pfandgläubiger sei, darf sich ein solcher Besitzer auch dem klagenden Eigentümer gegenüber berufen (a. M. OLG 10, 127). Dagegen hat, wer in Ausübung eines obligatorischen Rechtes oder eines Familien- oder Erbrechts besitzt, wie der Mieter oder Pächter, der Ehemann oder Inhaber der elterlichen Gewalt der Testamentsvollstrecker, keine Vermutung, daß das Recht bestehe, für sich. — Die Vermutung bezieht sich nur auf bewegliche Sachen, wozu auch die scheinbaren Grundstücksbestandteile des § 95 gehören. Eine Sache, die mit einer andern als wesentlicher Bestandteil verbunden ist, kann, auch wenn sie selbständig besessen wird, wegen § 93 nicht Gegenstand der Eigentumsvermutung sein. Bewegliche Sachen im Sinne des § 1006 sind auch die Inhaberpapiere (vgl. Abs 1 Satz 2), z. B. Inhaberaktien (RG 63, 406), nicht aber die Legitimationspapiere (Sparkassenbücher u. dgl.), nicht die Schuldscheine und sonstigen Urkunden des § 952 (vgl. RG JW 1913, 30[18]; 1923, 229[1]; Warn 09 Nr 106; OLG 18, 193; 26, 60). In blanco indossierte Orderpapiere werden in Abs 1 Satz 2 (abweichend von § 1362 Abs 1) nicht erwähnt. Ob sie gleichwohl an sich hierin zu rechnen wären (dagegen OLG 31, 117), ist ohne Bedeutung, da auch WO Art 74 oder jetzt § 16 Abs 2 des neuen Wechselgesetzes vom 21. Juni 1933 (RGBl I 399) eine Eigentumsvermutung enthält, die aber niemals durch das letzte Indossament allein, sondern nur durch die zusammenhängende Kette der Indossamente begründet wird; die lex specialis würde vorgehen (vgl. RG 24. 2. 21 V 472/20). Entsprechendes gilt von §§ 222 Abs 3, 365 Abs 1 HGB und § 8 Abs 2 des Scheckgesetzes vom 11. März 1908, jetzt Art 21 des neuen Scheckgesetzes vom 14. August 1933 (RGBl I 597). — Ihrem Inhalte nach ist die Vermutung des § 1006 auf das Bestehen des Eigentums abgestellt. Wie in den Fällen der §§ 891, 921, 1362, 1527, 1964, 2365 handelt es sich um Rechts-, nicht um Tatsachenvermutung im Sinne der ZPO § 292. Der Besitzer ist nicht nur vom Beweise einer den Erwerb des Eigentums begründenden Tatsache befreit, er braucht eine solche auch gar nicht zu behaupten (RG JW 1910, 390[9]; RG Recht 1916 Nr 1303). Tut er es, so ändert das nichts an der Beweispflicht des Klägers (RG JW 1923, 229[1]). Auch dann greift die Vermutung Platz, wenn er sich im Eventualverhältnis auf zwei verschiedene Erwerbsgründe beruft (RG 55, 52). Sobald der Besitz des Beklagten feststeht, hat das Gericht das Eigentum so lange anzunehmen, bis sich aus den vom Kläger zu behauptenden und zu beweisenden Tatsachen die Unrichtigkeit der Schlußfolgerung ergibt. Dadurch, daß die Vermutung auch gegenüber dem früheren Eigentümer durchgreift, deckt sie bis zum Beweise des Gegenteils auch die Veräußerungsbefugnis desjenigen, der im Namen des früheren Eigentümers veräußert hat (RG 12. 1. 23 VII 54/22). Über die praktische Abmilderung der Vermutung bei der Vindikation vgl. § 985 A 6. — Die Vermutung gilt nur zugunsten des Besitzers, nicht, wie es nach § 891 der Fall ist, auch gegen ihn. Die Geltendmachung eines Anspruchs, der gegen den Fahrniseigentümer als solchen gerichtet werden muß, wird durch den Besitz des Beklagten nicht erleichtert. Doch kann sich auf die Vermutung außer dem Besitzer selber auch jeder andere berufen, der Rechte von ihm herleitet (RG HRR 1932 Nr 234). So derjenige, dem der Bestohlene das Eigentum nach § 931 verschafft hat; ferner der Gläubiger, der Sachen bei seinem Schuldner pfänden läßt, auch wenn sie nicht im Gewahrsam des Schuldners bleiben (vgl. SeuffA 57 Nr 225; a. M. OLG 9, 119). — Im ehelichen Güterrecht tritt § 1006 hinter § 1362 (praesumtio Muciana) zurück. Soweit es sich um das Verhältnis zu den Gläubigern des Mannes handelt und nicht Sachen in Frage stehen, die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Ehefrau bestimmt sind, begründet weder der jetzige noch der voreheliche Besitz oder Mitbesitz der Frau die Vermutung, daß sie Eigentümerin sei, vielmehr muß sie ihren Erwerb beweisen (RG Gruch 51, 1005; a. M. OLG 12, 129; vgl. § 1362 A 2). Der § 1006 greift nur Platz, wenn entweder darüber gestritten wird, ob das Eigentum einem Ehegatten oder einem Dritten zusteht, oder wenn zwischen dem Gatten selber Streit über das Eigentum herrscht (vgl. für letzteren Fall RG 84, 49). Auf der andern Seite ist bei den persönlichen Gebrauchssachen der Frau die Kraft der Eigentumsvermutung dem Besitz oder Mitbesitz des Ehemanns entzogen, und zwar hier sowohl im Verhältnis der Ehegatten zueinander wie zu den Gläubigern (RG 99, 153; Warn 1924 Nr 153). Wer durch einstweilige Verfügung in den Besitz einer beweglichen Sache eingewiesen ist, hat Dritten gegenüber auch die Vermutung des Eigentums für sich (nicht entschieden RG 12. 5. 25 VI 13/25).

3. Der Grund für die Ausnahme bei **abhanden gekommenen Sachen** ist der, daß hier der Besitzer auf dem im Leben häufigsten Wege der Übertragung Eigentum nicht erworben haben kann (vgl. § 935 Abs 1). Die Ausnahme tritt nur ein, wenn die Sache dem Kläger, nicht wenn sie einem andern abhanden gekommen ist. Über den Begriff des Abhandenkommens vgl. § 935 A 4. Dagegen gilt die Regel des Satzes 1 uneingeschränkt für Geld und Inhaberpapiere, denn

für sie läßt § 935 Abs 2, auch wenn sie abhanden gekommen sind, die Eigentumsübertragung an den gutgläubigen Erwerber zu. — Daß eine Sache in öffentlicher Versteigerung erworben wurde, muß, da man es ihr nicht ansehen kann, bewiesen werden. Stützt sich der Kläger auf Abhandenkommen und beweist der Beklagte, daß er sie hinterher in der Versteigerung erwarb, so ist die nach Abs 1 Satz 2, Abs 2 für das Eigentum des Klägers sprechende Vermutung widerlegt.

4. Für die **Eigentumsvermutung zugunsten des früheren Besitzers** nach Abs 2 gilt alles in A 2 und 3 Bemerkte. Trotz der irreführenden Fassung des Gesetzes greift auch bei ihr die Ausnahme von der Vermutung Platz, die Abs 1 Satz 2 für abhanden gekommene Sachen vorschreibt. Die Wirkung der zugunsten des früheren Besitzers bestehenden Vermutung zeigt sich bei der Vindikation nach Widerlegung der Vermutung zugunsten des gegenwärtigen Besitzers (vgl., auch wegen der Beweislast, § 985 A 6). Wer aus einem Nachlaß eine Sache erlangt hat und behauptet, sie vom Erblasser geschenkt und durch Konstitut übereignet erhalten zu haben, muß das beweisen, da Abs 2 für den Erben als früheren Besitzer streitet (RG 10. 11. 23 VII 44/23). Nicht minder nützt die Vermutung demjenigen, der auf Grund früheren Eigentums Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche erhebt (vgl. RG 83, 393; SeuffA 73 Nr 121). Sie nützt aber auch dem Beklagten im Vindikationsprozeß, wenn dieser die in Streit befangene Sache veräußert hat (vgl. RG JW 1910, 390[9]). Auch der Veräußerer, gegen den der Erwerber wegen Entwehrung Rückgriff nimmt, kann sich mit der Vermutung verteidigen.

5. Im Fall eines mittelbaren Besitzes kommen beide Vermutungen, die des Abs 1 wie die des Abs 2 — a. M. betr. Abs 2 JW 1931, 2579[2] —, **dem mittelbaren Besitzer** zustatten, und zwar diesem sowohl Dritten gegenüber (vgl. RG 83, 393) wie gegenüber dem unmittelbaren Besitzer. Letzterer kann als Fremdbesitzer keine Eigentumsvermutung, sondern höchstens (§§ 1065, 1227) die Vermutung, daß er Nießbraucher oder Pfandgläubiger sei, für sich geltend machen (vgl. A 1). Daran wird auch durch die Widerlegung der Vermutung, die für den mittelbaren Besitzer gilt, nichts geändert. Natürlich steht aber auch dem mittelbaren Besitzer der § 1006 dann nicht zur Seite, wenn er seinerseits einem noch entfernteren Besitzer den Besitz vermittelt. Doch darf sich ein Besitzmittler Dritten gegenüber darauf berufen, daß der höchststufige mittelbare Besitzer, von dem er seine Rechtsstellung ableitet, als Eigentümer vermutet wird (vgl. A 2). — Die Vermutung des Abs 3 wird aber nur wirksam, wenn der mittelbare Besitz feststeht oder im Bestreitungsfalle erwiesen wird; das bloße Behaupten des mittelbaren Besitzes reicht nicht aus (RG 3. 5. 21 VII 429/20; HRR 1932 Nr 234).

6. **Abweichend** von § 1006 stellt die VO betr. die Verwendung von **Militärgut** vom 23. 5. 19 (RGBl 477) für Sachen, die aus Beständen der Heeres- oder Marineverwaltung stammen, die durch Gegenbeweis widerlegbare gesetzliche Vermutung auf, daß sie einer der genannten Verwaltungen gehören, auch wenn sie sich im Privatbesitz befinden (RG 105, 297; 106, 352; vgl. § 932 A 7).

§ 1007

[1]) **Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war [2]).**

Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigentümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung.[3]).

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat [4]). Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 986 bis 1003 entsprechende Anwendung [5]) [6]).

E I 945 II 919; M 3 429—433; P 3 383.

1. Der § 1007 über den **Anspruch wegen verlorener Fahrnis** reiht sich nur äußerlich den Ansprüchen aus dem Eigentum an. Die Vorschrift ist so schwierig gefaßt, daß der Gedanke des Gesetzes nicht deutlich zum Ausdruck kommt. Irreführend ist, daß das wesentlichste Moment, der unfreiwillige Besitzverlust, nicht im ersten Satze erscheint, sondern erst in Abs 2 und 3 nachgebracht wird. Sodann bedarf der Aufhellung das Verhältnis zwischen der „Aufgabe des Besitzes" (Abs 3 Satz 1) und dem aus § 935 Abs 1 bekannten „Abhandenkommen der Sache" (Abs 2 Satz 1). Richtiger Ansicht nach bildet die Besitzaufgabe den kontradiktorischen Gegensatz zum unfreiwilligen

Besitzverlust, welch letzterer Begriff sich zwar in der Regel, nicht aber immer mit dem des Abhandenkommens deckt. Ein Auseinanderfallen findet statt im Fall des mittelbaren Besitzes, wenn der Besitzmittler die Sache veruntreut: hier ist sie dem mittelbaren Besitzer zwar nicht abhanden gekommen (RG 54, 68; § 935 A 4), aber gleichwohl hat er den Besitz nicht aufgegeben, vielmehr ohne seinen Willen verloren. Dazu kommt das Fassungsversehen, daß sich die Verneinung des Anspruchs bei Aufgabe des Besitzes in dem auf beide vorhergehenden Absätze bezüglichen Abs 3 findet, während sie für den Fall des Abs 2, wo der Kläger Abhandenkommen dartun muß, selbstverständlich ist. Ein weiteres Fassungsversehen enthalten die Worte „es sei denn, daß dieser Eigentümer ist" in Abs 2 Satz 1, die gestrichen werden müssen (vgl. A 3). Beseitigt man diese Mängel und behält man die Beweislastregelung bei, so würde der Paragraph etwa lauten: „Der frühere Besitzer einer beweglichen Sache kann von demjenigen, der den Besitz in bösem Glauben erworben hat, die Herausgabe verlangen, sofern er nicht den Besitz aufgegeben hat. Handelt es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere und ist ihm die Sache abhanden gekommen (hat weder er selbst noch sein etwaiger Besitzmittler den Besitz aufgegeben), so kann er sie auch von einem gutgläubigen Besitzer herausverlangen, es sei denn, daß sie diesem vor seiner eigenen Besitzzeit abhanden gekommen war. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Die Vorschriften der §§ 986—1003 finden entsprechende Anwendung." — Allgemein gilt, daß eine bewegliche Sache vorliegen und der Kläger ihr früherer Besitzer gewesen sein muß, sei es Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer (Nießbraucher, Pfandgläubiger, Mieter, Verwahrer), sei es unmittelbarer Besitzer oder mittelbarer, Sach- oder Teilbesitzer (§ 865), Allein- oder Mitbesitzer, nicht aber ein bloßer Besitzdiener (§ 855). Der mittelbare Besitzer hat regelmäßig die Herausgabe an seinen Besitzmittler zu fordern, die Herausgabe an sich selbst nur dann, wenn jener den unmittelbaren Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann (arg. § 869 Satz 2). Ein früherer Mitbesitzer kann gegen den besitzenden ehemaligen Genossen klagen. Erhebt er gegen einen Dritten den Anspruch auf Herausgabe der ganzen Sache, so verlangt er arg. §§ 1011, 432 Herausgabe an alle Mitbesitzer oder Hinterlegung für alle. Der Kläger muß ferner gutgläubig sein, d. h. den Besitz in gutem Glauben erworben haben. Nur auf den Augenblick des Besitzerwerbs kommt es an; mala fides superveniens non nocet. Bei demjenigen, der den Anspruch ererbt hat, entscheidet, wie bei einem Zessionar, die Person des Rechtsvorgängers. Seinem Inhalt nach ist **guter Glaube** die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende irrige Annahme, zu dem ausgeübten Besitze berechtigt zu sein (vgl. § 990 A 2). Abweichend von § 932 Abs 2 kann also auch ein Irrtum über die Geschäftsunfähigkeit des Veräußerers oder die Nichtdereliktion der gefundenen Sache genügen. Hat der Kläger den Besitz unter grobfahrlässiger Verkennung der Rechtslage erworben, so dringt er auch gegen einen bewußt unredlichen Beklagten nicht durch. Seine Gutgläubigkeit wird aber vermutet; Aufgabe des Gegners ist es, das Gegenteil darzutun, sofern sich nicht die Bösgläubigkeit aus dem eigenen Vortrage des Klägers ergibt (Abs 3 Satz 1). Dagegen wäre die Einwendung, der Kläger habe kein Recht, zu besitzen, in dieser Allgemeinheit unerheblich, denn der Anspruch stützt sich auf den früheren Besitz, nicht auf ein Recht zum Besitz. Anders die Einrede, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber besitzberechtigt sei; vgl. darüber A 5. Auch der Beklagte kann Fremdbesitzer, Teilbesitzer, Mitbesitzer, mittelbarer Besitzer sein. Es gelten dafür dieselben Regeln wie bei der Eigentumsklage (vgl. § 985 A 2), namentlich auch, was die Verpflichtung des mittelbaren Besitzers betrifft (vgl. § 985 A 3). — Im übrigen ist zu unterscheiden zwischen dem Anspruch gegen den bösgläubigen Erwerber (Abs 1; vgl. A 2) und dem Anspruch wegen Abhandenkommens der Sache (Abs 2; vgl. A 3).

2. **Anspruch gegen den bösgläubigen Erwerber.** Bei gewissen Sachen mit besonders starkem Umlauf (vgl. A 3) ist dies die einzige Möglichkeit. Der Kläger muß beweisen, daß der Beklagte beim Erwerbe des Besitzes bösgläubig war, d. h. seine Nichtberechtigung zu dem von ihm ausgeübten Besitze kannte oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Das trifft nicht selten zu, auch wenn der Beklagte von dem Recht des Klägers oder überhaupt von dessen Person nichts wissen konnte. Nachträgliche Entstehung des bösen Glaubens ist auch hier unerheblich. Dem Beklagten steht, von der in A 1 erörterten Einwendung der eigenen Bösgläubigkeit des Klägers abgesehen, die Einwendung zu, der Kläger habe den Besitz freiwillig aufgegeben (Abs 3 Satz 1). Darin, daß dies Einwendungssache ist, liegt praktisch genommen der Hauptvorzug dieser Anspruchsart: kann der Kläger bösgläubigen Besitzerwerb auf seiten des Beklagten nachweisen, so braucht er nicht darzutun, wodurch bei ihm selbst der Besitz ein Ende nahm. Natürlich ist es keine Aufgabe des Besitzes, wenn sich der bisherige unmittelbare Besitzer, z. B. durch Vermietung der Sache, zum mittelbaren macht. Ein Kind, ein Geisteskranker und ein beschränkt Geschäftsfähiger können den Besitz nicht wirksam aufgeben, desgleichen nicht ein Besitzdiener des Klägers; in beiden Fällen liegt sogar Abhandenkommen vor (§ 935 A 4). Darüber, daß auch ein Besitzmittler den Besitz nicht mit Wirkung gegen den mittelbaren Besitzer aufgeben kann, vgl. A 1. — Außerdem hat der Beklagte zufolge Abs 3 die Einwendungen, die er einer Eigentumsklage entgegenhalten könnte, namentlich nach § 986 die, daß er dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt sei (vgl. A 5).

3. **Anspruch wegen Abhandenkommens der Sache.** Über den Begriff vgl. § 935 A 4 und

oben A 1, 2. Beweist der Kläger, daß ihm die Sache abhanden kam, so kommt es auf Gut- oder Bösgläubigkeit des Beklagten nicht an. Der Anspruch geht gegen den Besitzer als solchen. Für den Prozeß hat das die Folge, daß hier (anders im Falle des Abs 1) der Beklagte, wenn er Besitzmittler ist, nach ZPO § 76 den mittelbaren Besitzer als Urheber benennen kann. Doch greift diese zweite Anspruchsform bei Geld und Inhaberpapieren nicht Platz, denn nach § 935 Abs 2 (vgl. §§ 1032, 1207) wird der gutgläubige Erwerber solcher Sachen auch dann Eigentümer bzw. Nießbraucher oder Pfandgläubiger, wenn sie abhanden gekommen sind. Auch bei blankoindossierten Orderpapieren ist gemäß der Sondernorm in den Wechsel- und Scheckgesetzen — vgl. dazu A 2 zu § 1006 — und in den §§ 222 Abs 3, 365 Abs 1 HGB für eine Klage gegen den gutgläubigen legitimierten Inhaber kein Raum. — Der Beklagte kann sich damit verteidigen, daß der Kläger beim Besitzerwerb bösgläubig gewesen sei (Abs 3 Satz 1; vgl. A 1), oder daß er, der Beklagte, dem Kläger gegenüber ein Recht auf den Besitz habe (Abs 3 Satz 2; § 986; vgl. A 5). Die in Abs 3 Satz 1 ebenfalls allgemein gegebene Einwendung der Aufgabe des Besitzes stellt sich hier nur als ein Bestreiten des Klaggrundes dar (vgl A 1). Außerdem erwähnt Abs 2 noch zwei besondere Verteidigungsbehelfe: a) Die Einwendung des Eigentums. Damit ist dem Gesetz indes ein Redaktionsversehen unterlaufen. Einerseits gestattet Abs 3 Satz 2, verbunden mit § 986, auch dem bösgläubigen Beklagten, sich auf Eigentum zu berufen, so daß diese Möglichkeit auch für den Fall des Abs 1 besteht. Anderseits ist kein Grund ersichtlich, warum die Berufung auf das Eigentum im Falle des Abs 2 anders behandelt werden sollte als nach Abs 1. Wenn Abs 2 durch die Worte „es sei denn, daß" die Verteidigung als Einwendung im engeren Sinne (Anspruchsverneinung) kennzeichnet und wenn es den Anschein gewinnt, als ob das Eigentum immer und gegen jeden Kläger durchschlagen müßte, so kann dem nicht gefolgt werden. Vielmehr liegt beidemale nur eine Einrede vor (vgl. § 986 A 1), die auch nur dann wirkt, wenn das Eigentum den Beklagten gerade diesem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt. b) Die Einwendung älteren Abhandenkommens. Ist die Sache auch dem Beklagten, und zwar vor der Besitzzeit des Klägers, abhanden gekommen, so könnte er nach Abs 2 dem Kläger, wenn dieser den Besitz von einem Dritten wiedererlangt hätte, die Sache abfordern. Es ist daher nur folgerecht, wenn er gegenüber dem Herausgabeanspruch des Klägers im Besitze belassen wird. Die gleiche Erwägung führt aber auch dazu, dem Kläger gegen die Einwendung diejenigen Schutzbehelfe zu geben, die er, wenn verklagt, verteidigungsweise geltend machen dürfte, also die Replik, daß der Beklagte seinen früheren Besitz böswillig erworben habe, und die Replik, er, der Kläger, sei dem Beklagten gegenüber zum Besitze berechtigt. Eine Klagänderung ist in solchem Vorbringen nicht zu erblicken. Das Besitzrecht des Klägers kann vor oder nach dem ersten Abhandenkommen der Sache erwachsen sein, letzteres z. B. durch Ersitzung oder dadurch, daß der Kläger die Sache in öffentlicher Versteigerung erstand (§ 935 Abs 2). Dem Falle, daß die Sache dem Beklagten selbst abhanden kam, steht es gleich, wenn sie einem Rechtsvorgänger des Beklagten abhanden gekommen ist.

4. Über die Einwendung der Bösgläubigkeit des Klägers vgl. A 1; über die Einwendung, der Kläger habe den Besitz aufgegeben, vgl. A 1 und 2.

5. Anwendung der Vindikationsgrundsätze. a) Die Hauptsache ist die entsprechende Anwendbarkeit des § 986: der Beklagte hat eine Einrede gegen den Herausgabeanspruch, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Auch wer den Besitz bösgläubig erworben hat, war vielleicht schon früher berechtigt oder hat später, z. B. durch Beerbung, ein Recht zum Besitze erlangt. Das Recht kann dinglicher oder obligatorischer Natur sein; auch ein Recht gegen den Rechtsvorgänger des Klägers genügt, sofern die Klage auf einen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erworbenen mittelbaren Besitz gegründet wird (vgl. § 986 Abs 2). Nötig ist aber immer, daß das Besitzrecht gerade dem Kläger gegenüber durchgreift, und dabei muß beachtet werden, daß nicht nur Eigentum des Klägers, sondern auch dingliche Rechte desselben, die das Eigentum beschränken, und schuldrechtliche Ansprüche auf den Besitz durch die Klage geschützt werden sollen. Daher kann der Eigentumsbeweis des Beklagten unter Umständen unzureichend sein, z. B. wenn sich aus der Klagbegründung ergibt, daß der Kläger Pfandrecht erworben oder die Sache vom Beklagten oder dessen Erblasser gemietet hatte; in solchem Falle muß der Beklagte weiterhin die Beendigung des Pfandrechts oder der Miete beweisen. Doch ist es, falls der Beklagte sich petitorisch verteidigt, Aufgabe des Klägers, mit bestimmten Behauptungen herauszurücken. Solange aus seinem Vorbringen nichts weiter hervorgeht, als daß er die Sache früher besaß oder daß sie ihm abhanden gekommen ist, braucht der Beklagte nur ein dingliches oder ein gegen den Kläger gerichtetes obligatorisches Besitzrecht zu beweisen, um der Klage den Boden zu entziehen. b) Die Vorschriften über die Erstattung von Nutzungen und Schäden (§§ 987—993), sowie über die Gegenrechte des Beklagten wegen Verwendungen auf die Sache (§§ 994—1003). Ob der Kläger die Herausgabe von Nutzungen verlangen kann, wird stets von der Gestaltung der petitorischen Einwendungen und Gegeneinwendungen abhängen, und danach bestimmt sich auch der Umfang des Verwendungsersatzes. Als Schadensersatz ist, sofern nicht die Gegeneinwendungen ein Recht des Klägers herausstellen, nur sein Besitz-

interesse zu vergüten (RG Warn 1929 Nr 181). Das Selbstbefriedungsrecht des § 1003 läßt sich allenfalls ausüben, ohne daß der Kläger Eigentümer sein muß, vorausgesetzt aber, daß der Beklagte das Nichteigentum nicht gekannt hat (arg. § 1248).

6. Verhältnis des Anspruchs wegen verlorener Fahrnis zu andern Ansprüchen. a) Der Anspruch aus § 1007 kann sowohl mit dem Anspruch aus dem dinglichen oder persönlichen Recht auf den Besitz, insbesondere mit dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe, wie auch mit dem Anspruch aus verbotener Eigenmacht (§ 861) in Wettbewerb treten. Doch braucht weder der eine noch der andere Wettbewerb mit Notwendigkeit zu bestehen. Für das Verhältnis zum Anspruch aus dem Besitzrecht kommt in Betracht, daß in Fällen, in denen jemand zwar das Recht an der Sache oder auf die Sache, nicht aber früheren Besitz erworben hat, § 1007 versagt (vgl. wegen des Eigentums z. B. §§ 926, 953, 984), während umgekehrt § 1007 das einzige Hilfsmittel ist, wenn nur gutgläubiger früherer Besitz, kein Recht zum Besitz vorliegt, oder wenn das Recht wegen seiner schuldrechtlichen Natur gegen den gegenwärtigen Besitzer nicht wirkt. Anlangend das Verhältnis zu § 861, so ist es einerseits möglich, daß der Kläger beim Besitzerwerbe bösgläubig war, gleichwohl aber verbotene Eigenmacht gegen ihn begangen wurde (hier nur § 861); anderseits braucht der Beklagte, auch bei unfreiwilligem Besitzverlust des Klägers, nicht fehlerhafter Besitzer zu sein (hier nur § 1007). b) Die verschiedenen Ansprüche können einzeln oder in Verbindung miteinander geltend gemacht werden. Werden sie einzeln geltend gemacht, so wirkt die Entscheidung über den einen Anspruch grundsätzlich keine Rechtskraft für die andern. Dies gilt auch für den Fall, daß die Klage aus § 1007 wegen einer petitorischen Einwendung des Beklagten abgewiesen wird. Da die Entscheidung über Einwendungen nicht in Rechtskraft übergeht (ZPO § 322 Abs 1), steht einer späteren Klage aus dem Recht nichts entgegen. Anders wenn der Kläger gegenüber einer petitorischen Verteidigung mit der Berufung auf ein angebliches Recht repliziert hat (vgl. A 3 unter b) und dieses Recht aberkannt worden ist.

Fünfter Titel

Miteigentum

§ 1008

Steht das Eigentum an einer Sache mehreren nach Bruchteilen zu, so gelten die Vorschriften der §§ 1009 bis 1011 [1—5].

E I 946 II 920; M 3 433, 437; P 3 274.

1. Das BGB kennt die römisch-rechtliche Form des Miteigentums als Unterart der **Gemeinschaft nach Bruchteilen** und die deutsch-rechtliche Form des Miteigentums als gemeinschaftliches Eigentum **zur gesamten Hand.** Beides ist nur an Sachen möglich. Eine Unterscheidung zwischen **Ober- und Untereigentum,** Nutzungseigentum, geteiltem Eigentum kennt das BGB nicht mehr. Die landesgesetzlichen Vorschriften hierüber sind jedoch aufrechterhalten (EGBGB Artt 59, 63 u. 113; RG 47, 244). Bereits bestehendes **Stockwerkseigentum** (Eigentum an einzelnen Gebäudeteilen nach horizontaler Teilung) bleibt nach EGBGB Art 182 bestehen, darf aber fernerhin nicht mehr als geteiltes Eigentum neu begründet werden.

2. Das **Wesen des Miteigentums nach Bruchteilen** besteht in folgendem: Es ist ein selbständiges Recht gleicher Art, also Eigentum, nicht ein neben dem Eigentumsrecht des einen sich stellendes und es belastendes Recht (RG 52, 100; 56, 96; 69, 40; JW 1910, 473[12]; Warn 1925 Nr 19; 26. 4. 28 VI 405/27). Daher finden an sich auf das Miteigentumsrecht alle für das Alleineigentumsrecht geltenden Regeln Anwendung, soweit nicht Abweichendes vorgeschrieben ist (RG 56, 100; 69, 36; JW 08, 482[16]; Warn 1910 Nr 192). Verkaufen drei eingetragene Miteigentümer das gemeinschaftliche Grundstück, so ist es rechtlich möglich, daß jeder nur seinen Miteigentumsanteil hat verkaufen wollen, über den er allein dinglich verfügen kann, auch dann aber bleibt es nach dem oben Ausgeführten der Verkauf einer Sache, für den die §§ 433 ff., 459 ff. gelten (RG 26. 4. 28 VI 405/27). Ist bei einem solchen Geschäft ein Anteil nicht erworben, so entscheidet sich der Erwerb der andern Anteile nach § 139 (RG HRR 1931, 233). Das Miteigentum nach Bruchteilen ist eben schon während seines Bestehens nach den Bruchteilen rechnerisch geteilt, im Gegensatz zum Eigentum zur gesamten Hand, bei dem während des Bestehens des Gesamthandverhältnisses eine solche Teilung nicht vorliegt. Aber die Teilung ist nur ideell, ziffermäßig und betrifft nur das Eigentumsrecht, nicht liegt eine reale Teilung der Sache selbst vor. So ist dieses Miteigentum eine Unterart der Gemeinschaft nach Bruchteilen und fällt unter die Vorschriften über die Gemeinschaft nach §§ 741 ff.

3. Das **Miteigentum nach Bruchteilen** bildet die **Regel** (§ 741), ein solches anderer Art muß von dem bewiesen werden, der sich darauf beruft. Es **entsteht** kraft Gesetzes (Verbindung, Vermischung, Vermengung §§ 947 ff., 963; Schatz § 984; Grenzeinrichtung § 921; Baum auf

Grenze § 923; **RG** 52, 307; ferner, wenn mehreren dieselbe Sache vermacht und vom Beschwerten übergeben worden ist, § 2157; Miteigentum an Grenzmauern kann seit 1. Januar 1900 nicht mehr entstehen, **RG** 52, 307; für Privatflüsse landesrechtliches Wasserrecht, EGBGB Art 65) oder durch Rechtsgeschäft, z. B. wenn mehrere Personen, die nicht in einem Gesamthandverhältnis stehen, gemeinsam eine Sache erwerben (Eheleute, die in dem gesetzlichen Güterrecht leben). Neuerdings spielt die rechtsgeschäftliche Begründung von Miteigentum auch eine erhebliche Rolle bei dem Effekten-Giro-Depot, vgl. darüber A 3 zu § 948 und A 6 zu § 700. — Zur Frage des Eigentumsübergangs bei mehreren Käufern und verdeckter Stellvertretung **RG** 109, 167ff. Über Eigentumserwerb durch Aufgebot oder Aneignung §§ 927, 928, 958, 959.

Das **Miteigentum zur gesamten Hand** ist die gesetzliche Folge der Gesellschaft (§§ 705, 718, 719), allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1437ff.), der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1483), der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1529ff.), der Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549ff.), der Erbengemeinschaft (§§ 2032ff.). Rechtsgeschäftlich kann unmittelbar kein Miteigentum zur gesamten Hand begründet werden an Stelle des Miteigentums nach Bruchteilen; vielmehr kann dies nur mittelbar geschehen durch Vereinbarung eines derjenigen Rechtsverhältnisse, bei denen die Gesamthand gesetzlich vorgeschrieben ist.

4. Bei **Grundstücken** wie bei allen im Grundbuch verlautbarten Rechten muß nach GBO § 48 angegeben werden, ob eine Gemeinschaft nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand vorliegt. Ohne diese Klarstellung kann eine Verfügung über einen Anteil nicht erfolgen. Bei Veränderung der Anteile ist Auflassung und Eintragung erforderlich. Nur die nähere Angabe über die Größe des Bruchteils ist ohne Auflassung nachträglich zulässig, wenn diese dem bisherigen tatsächlichen Zustand entspricht, keine Veränderung ihrer Größe enthält. Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, Bruchteilseigentum an einem Grundstück zu übertragen, fällt unter § 313 (**RG** SeuffA 78 Nr 11). Über die Form der Eintragung im Grundbuche s. § 48 GBO. Über Belastung der Anteile durch eine Briefhypothek **RG** 52, 360 (sämtliche Miteigentümer müssen den Brief übergeben). Die Belastung des Bruchteils eines Grundstücks mit einem Erbbaurechte, einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist nicht möglich (§§ 1012, 1018, 1090). Aus der Selbständigkeit des Anteils (§ 747 Satz 1) folgt, daß eine Hypothek, Grundschuld oder ein sonstiges dingliches Recht jeden Anteil auch dann selbständig belastet, wenn das Recht auf Grund gemeinschaftlicher Verfügung der Miteigentümer auf das ganze Grundstück eingetragen wird (**RG** 16. 3. 10 V 240/09). Freilich entsteht keine Gesamthypothek an mehreren Grundstücken (§ 1132), sondern eine Einzelhypothek an einem Grundstück. Aber jeder Anteil haftet für das ganze Recht (**RG** JW 1910, 473[12]). Die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil einer beweglichen Sache geschieht durch Pfändung (§ 857 ZPO); in den Bruchteil eines Grundstücks nach Maßgabe der §§ 864, 866 ZPO; die Pfändung des Anteils (vgl. § 751 A 2, § 747 A 1) ist hier nicht zulässig. Diese Zwangsvollstreckung kann zur Zwangsversteigerung des Grundstücksanteils führen, aber nicht zur Teilungsversteigerung (§ 753 A 2). Die Teilung kann indessen durchgesetzt werden auf Grund der Pfändung des persönlichen Anspruchs des Miteigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft (§ 749). Hat der Gläubiger diesen Anspruch seines Schuldners (Miteigentümers) pfänden und sich überweisen lassen, so kann er gemäß § 181 ZVG „das Recht des Eigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft ausüben" (vgl. § 751 A 2 g. E.).

5. Aus der Natur des Miteigentums als einer Gemeinschaft nach Bruchteilen erfolgt

A. hinsichtlich der Rechtsbeziehungen der Miteigentümer zueinander:

a) Die Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache steht den Miteigentümern gemeinschaftlich zu, es ist Einhelligkeit dabei, insbesondere zu einer Verfügung, erforderlich (§ 744 Abs 1). Die zur Erhaltung der Sache notwendigen Maßregeln kann aber jeder einzelne treffen (§ 744 Abs 2). Wird einzelnen Teilhabern die Verwaltung übertragen, so finden die Grundsätze über den Auftrag Anwendung. Über die Regelung der Verwaltung, ihre Art und über die Benutzung der Sache entscheidet jedoch Stimmenmehrheit (§ 745).

b) Der Miteigentümer hat gegen den andern einen obligatorischen Anspruch auf Erhaltung, Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache (§§ 744 Abs 2, 745 Abs 2), und einen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes gegen den andern Miteigentümer (§§ 866, 1007). **RG** 69, 40. Ebenso die Klage aus § 1004.

c) Eine wesentliche Veränderung der Sache kann nicht verlangt werden. Diese Vorschrift kann zu Unbilligkeiten führen. Das Recht des Widerspruchs darf daher nicht zur Schikane ausgeübt werden. Schlimmstenfalls bleibt dann nur die Teilung übrig.

d) Die dem Miteigentum angemessene Form des Besitzes ist der Mitbesitz. Bei beweglichen Sachen wird er vielfach durch Mitverschluß hergestellt werden können. Aus der Natur der Sache ergibt sich der Mitbesitz meist nur dort, wo die Miteigentümer beständig zusammen sind, wie es bei den Mitgliedern einer wandernden Schauspielertruppe zutrifft. In andern Fällen wird der Mitbesitz nur als mittelbarer Mitbesitz möglich sein, die Sache wird bei einem Dritten hinterlegt und er verwahrt sie für alle Miteigentümer. Dieser Verwahrer kann gegebenenfalls auch einer der Miteigentümer sein, er hat dann den unmittelbaren Besitz teils als Eigen-, teils als Fremdbesitzer, der Mitbesitz ist teils unmittelbarer, teils mittelbarer Besitz.

e) Jeder Miteigentümer hat einen seinem Bruchteil entsprechenden Anteil an den Nutzungen und Früchten wie an den Lasten (§§ 743, 748). Ist das gemeinschaftliche Grundstück vermietet, so hat der Miteigentümer nur Anspruch auf den nach Bezahlung der Lasten, Abgaben, Auslagen und Hypothekenzinsen verbleibenden Überschuß (RG 89, 180).

f) Kein Miteigentümer hat ein gesetzliches Vorkaufsrecht. Bei Grundstücken kann ein solches mit dinglicher Wirkung vereinbart werden (§ 1094).

g) Jeder Miteigentümer kann die Aufhebung verlangen. Die Beschränkung oder Ausschließung dieses Rechtes für immer oder auf Zeit ist durch Vereinbarung zulässig, diese bleibt aber in gewissen Fällen wirkungslos, so wenn für den Miteigentümer ein wichtiger Grund vorliegt (§ 723), im Konkurse (KO § 16 Abs 2), ferner nach §§ 749—751, 1258 Abs 2. Die Aufhebung des Miteigentums geschieht durch Teilung der beweglichen Sache in Natur, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, sonst durch Verkauf und Teilung des Erlöses (§ 753). — Die Vereinbarung wirkt auch für und gegen den Sondernachfolger, bei Grundstücken nur, wenn sie als Belastung im Grundbuche eingetragen ist (§ 1010).

B. Hinsichtlich der Stellung der Miteigentümer nach außen:

a) Jeder Miteigentümer hat die Rechte aus § 1011. Vgl. dort.

b) Jeder Miteigentümer kann über seinen Bruchteil selbständig verfügen (§ 747), also auch ihn veräußern und belasten (§ 747 Abs 1; RG 56, 100). Der Eigentumsanteil an einer beweglichen Sache kann mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht, der Eigentumsanteil an einem Grundstück mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, mit Reallasten, Nießbrauch und Vorkaufsrecht belastet werden, nicht dagegen mit Erbbaurecht, Grund- oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten; der Inhalt dieser Rechte steht entgegen. Über die Sache im ganzen müssen die Miteigentümer gemeinschaftlich verfügen (§ 747). So erwirbt der Gläubiger eine Briefhypothek, die auf den Anteilen mehrerer Miteigentümer eines Grundstücks eingetragen ist, nur dann, wenn sämtliche Miteigentümer ihm den Hypothekenbrief aushändigen oder, wenn er schon im Besitz ist, eine Einigung über den Eigentumsübergang treffen (RG 52, 360). Zur Begründung oder Übertragung des Miteigentums ist bei Grundstücken die Auflassung und die Eintragung im Grundbuch erforderlich (RG 52, 174; 69, 40). Bei beweglichen Sachen ist zu unterscheiden, ob ein Alleineigentümer Miteigentum begründen oder ob ein Miteigentümer sein Miteigentum übertragen will. In beiden Fällen ist das Einigsein über den Eigentumsübergang, im ersteren Falle außerdem regelmäßig die Übergabe zu Mitbesitz erforderlich, § 929 Satz 1. Wenn der Erwerber sich schon im Mitbesitz befindet, greift § 929 Satz 2 ein. Über die Möglichkeiten, wie der Mitbesitz ausgestaltet werden kann, vgl. oben unter A. d. Der zweite der obigen Fälle ist ganz nach den Regeln für das Alleineigentum zu behandeln, der veräußernde Miteigentümer muß grundsätzlich seinen ganzen Besitz auf den Erwerber übertragen, § 929 Satz 1, RG 137, 25. Hat der Erwerber diesen Besitz bereits erlangt, ist § 929 Satz 2 anwendbar. In beiden Fällen ist unter Umständen Übergabeersatz nach §§ 930, 931 möglich (RG 139, 116); dabei kann sich der abzutretende Anspruch auf Herausgabe zu Mitbesitz auch gegen einen Mitbesitzer richten (RG 69, 40). Mit dinglicher Wirkung gegen einen Dritten kann nach § 137 das Verfügungsrecht der Miteigentümer nicht beschränkt werden, es sei denn, daß die Miteigentümer einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen hätten (§ 719). Bei Grundstücken kann ein Vorkaufsrecht eingeräumt werden (§§ 1009, 1094). Der Alleinbesitz begründet die Vermutung alleinigen Eigentums und alleiniger Verfügungsbefugnis, der Mitbesitz begründet die Vermutung des Miteigentums, aber nicht schon auch die Vermutung ausschließlicher Verfügungsbefugnis über seinen Anteil.

§ 1009

Die gemeinschaftliche Sache kann auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden [1]).

Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört [2]) [3]).

E I 947 II 921; M 3 438; P 3 275.

1. Belastung der gemeinschaftlichen Sache zugunsten eines Miteigentümers. Die Belastung eines Anteils eines Miteigentümers zugunsten eines andern Miteigentümers ist selbstverständlich und wird nicht erst erwähnt. Die ganze gemeinschaftliche Sache (Grundstück oder bewegliche Sache) wird belastet. Zur Belastung bedarf es der Verfügung aller Miteigentümer, auch des Erwerbers. Der Miteigentümer ist also zugleich Berechtigter und Verpflichteter. Die Belastung widerstritte an sich dem Grundsatze, daß in Ermangelung besonderer Gestattung

niemand im eigenen Namen mit sich selbst ebenfalls im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen kann (vgl. § 181; RG 47, 209). Jene Gestattung enthält nun § 1009; sie hat darin ihren Grund, daß der Eigentümer nicht bloß mit sich selbst, sondern zugleich auch mit den anderen Miteigentümern das Geschäft abschließt (RG 47, 209). Da der das Recht erwerbende Miteigentümer zugleich auf der andern Seite mit den übrigen Miteigentümern als verfügender Teil auftritt (§ 747 Satz 2), so muß er zur Verfügung befugt sein und diese in gehöriger Form (vgl. namentlich GBO § 29 Satz 1) vornehmen. Die verfügende Erklärung braucht aber nicht ausdrücklich zu erfolgen; so wird regelmäßig in der auf den Rechtserwerb gerichteten Erklärung des Miteigentümers gegenüber den anderen Teilhabern seine Einwilligung (§ 185) in deren verfügende Erklärung stillschweigend enthalten sein. Das BGB hält überdies das begrenzte dingliche Recht des Eigentümers an seiner eigenen Sache für rechtlich möglich (§§ 889, 1063, 1163 u. a.). Aus der Vorschrift des Abs 1 ergibt sich, daß auf die zugunsten eines Miteigentümers an dem gemeinschaftlichen Grundstücke bestellte Hypothek die §§ 1177, 1197 keine Anwendung finden (SeuffA 58 Nr 214). Ebensowenig §§ 1063, 1256, wenn der Nießbraucher oder Pfandgläubiger Miteigentümer der belasteten Sache wird. Der Miteigentümer einer Sache braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß der Gläubiger eines andern Miteigentümers die ganze Sache pfändet (RG 13, 180; 144, 236; SeuffA 61 Nr 264). Der Gläubiger kann nur das Anteilsrecht des Miteigentümers pfänden (RG 4. 5. 06 VII 407/05). Ebensowenig braucht ein Miteigentümer zu dulden, daß ein anderer Miteigentümer auf Grund eines Titels gegen einen Dritten die ganze Sache pfändet (RG 144, 236).

2. **Die Belastung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks** betrifft **subjektiv dingliche Rechte:** Grunddienstbarkeiten (§ 1018), Vorkaufsrechte und Reallasten (§§ 1094 Abs 2, 1105 Abs 2). Für gemeinschaftliche Wege, Brunnen, Hauszwischenräume, Durchgänge, Durchfahrten besteht hiernach die Möglichkeit, durch gegenseitige Bestellung von Grunddienstbarkeiten die Benutzung zu sichern (vgl. auch § 751 A 1). Der Alleineigentümer verschiedener Grundstücke kann übrigens auch an dem einen von ihnen zugunsten eines andern eine Grunddienstbarkeit bestellen; so jetzt RG 142, 231; die frühere abweichende Ansicht (RG 47, 202) ist aufgegeben worden.

3. Die Vorschrift des § 1009 trifft nicht unmittelbar den Fall, daß nachträglich die Doppelstellung als Berechtigter (oder Belasteter) und zugleich als Miteigentümer in einer Person zusammentrifft. Der der Vorschrift zugrunde liegende Gedanke steht aber dem Erlöschen des Rechtes durch **Vereinigung** entgegen. Diese tritt weder ein bei Rechten an einem Grundstück (vgl. § 889), noch bei Rechten an beweglichen Sachen; soweit etwa aus den Vorschriften der §§ 1063 u. 1256 an sich im Einzelfalle ein anderes hergeleitet werden könnte, wird ihre Wirkung durch § 1009 eingeschränkt. — Auf das Eigentum zu gesamter Hand bezieht sich die Vorschrift unmittelbar nicht, entsprechende Anwendung ist aber zulässig (OLG 15, 410).

§ 1010

Haben die Miteigentümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung geregelt oder das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die getroffene Bestimmung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist [1].

Die in den §§ 755, 756 bestimmten Ansprüche können gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur geltend gemacht werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind [2] [3].

E I 949 II 922; M 3 439; P 3 276—279.

1. **Eintragung von Verwaltungsregelung oder Teilungsausschluß als Anteilsbelastung im Grundbuche.** Sie beruht auf Vereinbarung, Mehrheitsbeschluß, Urteil hinsichtlich der Art der Verwaltung, auf Vereinbarung hinsichtlich der Aufhebung. Es handelt sich um eine besondere Art der Belastung der Anteile, die nach den Grundsätzen der §§ 873ff. erfolgt. § 1010 schränkt die dingliche Wirkung der nach §§ 745, 749 (vgl. §§ 746, 751) getroffenen Bestimmungen für Grundstücke durch die Vorschrift ein, daß die Bestimmung als Belastung des durch den Sondernachfolger erworbenen Anteils — oder des ganzen Grundstücks — im Grundbuche eingetragen werden muß. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Sondernachfolger im Miteigentum, nicht z. B. auf Gläubiger, welche angebliche Mietzinsansprüche eines Miteigentümers gepfändet haben (RG 89, 179). Es handelt sich nach der herrschenden Meinung um eine besondere Art der „Belastung", wie das Gesetz selbst sagt. Die nicht eingetragene Vereinbarung wirkt für sich auch nicht gegen die Sondernachfolger, welche sie kennen; § 892 Abs 1 Satz 2, der von einer Verfügungsbeschränkung handelt, findet keine Anwendung. Die Belastung greift selbstverständlich nicht weiter als die gesetzliche Wirksamkeit der getroffenen Bestimmung reicht; Inhalt und Wirkung wird durch

die Eintragung nicht geändert; diese Wirksamkeit wird eingeschränkt in §§ 749 Abs 2, 3, 750, 751 Satz 2 (vgl. § 16 Abs 2 KO). — Über die Eintragung der Belastung und ihre Aufhebung vgl. §§ 873ff., GBO §§ 19ff. Eintragungsfähig ist z. B. die Vereinbarung zweier Miteigentümer eines Grundstücks, daß einer von ihnen die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung nur verlangen könne, wenn das Meistgebot eine bestimmte Höhe erreiche (KGJ 23 A 224); ebenso die Vereinbarung, daß die Aufhebung des Miteigentums solange ausgeschlossen sein soll, als nicht bestimmt bezeichnete Personen ihr zugestimmt haben (KGJ 51, 198). Zugelassen hat das Kammergericht auch die folgende Eintragung auf dem Grundstück zweier Miteigentümer: „Die Benutzung und Unterhaltung der vom Hausflur zum Boden führenden Leiter steht den beiden Miteigentümern gemeinschaftlich zu" (OLG 43, 5). Wird aber ein Miteigentumsanteil an mehrere Personen zu Bruchteilen übertragen, so treten sie nicht in eine besondere Bruchteilsgemeinschaft an dem Anteil, hierauf bezügliche Abreden sind also nicht eintragungsfähig; die Erwerber treten vielmehr mit den entsprechenden Anteilen am Grundstück in die das Gesamtgrundstück umfassende Bruchteilsgemeinschaft ein (KGJ 51, 198). — Auf Grund des § 1010 Abs 1 kann eine **moderne Art des Stockwerkseigentums** begründet werden (Miteigentum nach Bruchteilen, gegenseitige Einräumung eines nach Stockwerken geteilten Benutzungsrechts, Ausschluß der Teilung). Vgl. EG Artt 131, 128, 182.

2. Vgl. die A bei §§ 755, 756. Was die **Eintragung im Grundbuch nach Abs 2** anlangt, so ist unter den sehr verschiedenen Ansichten der Meinung von Achilles-Strecker (GBO, Einleitung S. 18—20) zuzustimmen, nach welcher auch hier eine eigentümliche Art der Belastung angenommen werden muß. Ihr Inhalt besteht darin, daß zugunsten des berechtigten Miteigentümers die Miteigentümer der übrigen Anteile als solche die auf die §§ 755, 756 gegründeten, näher zu bezeichnenden Verpflichtungen haben. Bei beweglichen Sachen wirkt der Anspruch gemäß § 755 Abs 2, § 756 Satz 2 an sich gegen die Sondernachfolger.

3. Durch eine Vereinbarung nach § 1010 wird an sich nur die Teilung, nicht das Verfügungsrecht des einzelnen Miteigentümers über seinen Anteil ausgeschlossen.

§ 1011

Jeder Miteigentümer kann die Ansprüche aus dem Eigentume Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen [1]), den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des § 432 [2]) [3]) [4]).

E I 951 II 923; M 3 443; P 3 281.

1. Die **Ansprüche aus dem Eigentum** sind teils dinglich (§§ 894, 985ff., 1004, 1005, 1007, 1027), teils persönlich (§§ 987, 989, 990, 823ff.); über den Besitzschutz s. §§ 859, 861, 862, 866, 867; vgl. auch RG 69, 40. Es versteht sich von selbst, daß der Miteigentümer die Ansprüche aus dem Eigentum in Ansehung seines Bruchteils gegen jedermann geltend machen kann. Gegen die übrigen Miteigentümer muß er sich auf die Geltendmachung dieses Teilrechts beschränken; den Besitzschutz genießt er gegen diese in den Schranken des § 866; auch aus § 1004. Über persönliche Ansprüche gegen die Teilhaber vgl. auch §§ 743, 744, 745 Abs 2, 748. **Dritten gegenüber** verleiht das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Miteigentümer die Macht, die Ansprüche **aus dem ganzen Eigentum** geltend zu machen. Er hat insoweit im Interesse der Gemeinschaft eine eigentümliche Art gesetzlicher Vertretungsmacht für die untätigen Teilhaber. Daraus ist zu folgern, daß er auch deren Miteigentum, nicht nur sein eigenes Bruchteilseigentum, beweisen muß (a. M. Dernburg II § 372 II 3). Es steht ihm jedoch die Vermutung des § 1006 zur Seite. Ebenso kann er Berichtigung des Grundbuchs für das ganze Grundstück verlangen (§ 894; JW 1911, 280). Dem Miteigentümer steht auch die Klage auf Einräumung des Mitbesitzes zu, ebenso die Klage aus § 1004. Ebenso wird man dem Miteigentümer das Recht zubilligen müssen, das Eigentum aller Miteigentümer im Rechtsstreit feststellen zu lassen. Es handelt sich dabei zwar um das Eigentum selbst und streng genommen also nicht um einen Anspruch aus dem Eigentum, es ist aber — anders noch die vorige Auflage — auf diesen Unterschied kein ausschlaggebendes Gewicht zu legen. Wer die rei vindicatio erheben kann, muß auch zur Feststellungsklage, namentlich zur sog. Inzidentfeststellungsklage nach § 280 ZPO befugt sein. — Ist eine Hypothek den mehreren Eigentümern des belasteten Grundstücks als Eigentümergrundschuld angefallen, so können sie darüber nur gemeinschaftlich verfügen, es kann aber jeder für sich die Klage auf Löschungsbewilligung erheben. Klagen sie gleichwohl gemeinschaftlich, so liegt notwendige Streitgenossenschaft vor (RG 60, 269). — Das rechtskräftige Urteil im Rechtsstreit des einzelnen Miteigentümers hat für und gegen die untätigen Teilhaber keine Rechtswirkung (vgl. M 3, 446), es bleibt bei der Regel des § 325 ZPO; wird also von zwei auf Herausgabe an alle klagenden Miteigentümern der eine in erster Instanz rechtskräftig abgewiesen, so kann der andere den Anspruch in zweiter Instanz weiterverfolgen; der Beklagte kann auch nicht einwenden, er sei an Stelle des abgewiesenen Miteigentümers zum Mitbesitz berechtigt (RG 119, 168). Das Recht des Miteigentümers aus § 1011 ist eben ein von dem gleichen Recht der übrigen Miteigen-

tümer unabhängiges Sonderrecht (aaO. 169). Siegt der allein klagende Miteigentümer ob, so übt das insofern eine gewisse tatsächliche Wirkung zugunsten der übrigen Miteigentümer aus, als die Leistung an alle, die Hinterlegung oder die Herausgabe der Sache an den Verwahrer (§ 165 FGG) auch ihnen zugute kommt (§ 432).

2. **Herausgabe** (§§ 985ff., 1007) kann der Miteigentümer nur an alle Miteigentümer in den Grenzen des § 432 verlangen. (Über den Beweis des Eigentums s. A 1). Die Vorschrift umfaßt auch die Ansprüche auf Herausgabe der Nutzungen und auf Schadensersatz (vgl. §§ 987, 989, 990, 823ff.), soweit die geforderten Leistungen unteilbar sind. Sind sie dagegen teilbar, so besteht überhaupt keine Gemeinschaft (vgl. § 741 A 1 g. E., § 743 A 1; a. M. Biermann A 2; Staudinger A 1 a).

3. Über eine Hypothek, die den mehreren Eigentümern des belasteten Grundstücks als Eigentümergrundschuld angefallen ist, vgl. **RG** 60, 269; § 744 A 3. Wird eine Briefhypothek infolge teilweisen Nichtentstehens der Hypothekenforderung teilweise zur Eigentümergrundschuld, so wird der Eigentümer des Grundstücks Miteigentümer des Hypothekenbriefs zu dem aus dem Hypothekenanteile sich ergebenden Bruchteile. Hieraus darf aber nicht gefolgert werden, daß ihm ein Anspruch auf Herausgabe oder auf Einräumung des Mitbesitzes (§ 931) an dem Briefe gegen den im Besitze des Briefes befindlichen eingetragenen Gläubiger zustehe (**RG** 69, 36).

4. Zu einer **entsprechenden Anwendung** von § 1011 ist das Reichsgericht gelangt, als in einem Falle mehrere Personen Eigentümer von Sachen gewesen und geblieben waren, aus welchen eine neue einheitliche Sache — ein Kraftwagen — hergestellt worden war, ohne daß die Einzelsachen, wie zu unterstellen war, wesentliche Bestandteile der neuen Sache geworden wären. Hier billigt das Reichsgericht dem Eigentümer eines Bestandteiles ein die Veräußerung der ganzen Sache hinderndes Recht zu, wie es nach § 1011 dem Miteigentümer zusteht (**RG** 144, 236).

Vierter Abschnitt

Verordnung des Reichs-Arbeitsamts über das Erbbaurecht,

vom 15. Januar 1919 (RGBl S. 72)[1].

1. Durch diese am 22. Januar 1919 in Kraft getretene, mit Gesetzeskraft versehene Verordnung sind für die künftig zu begründenden Erbbaurechte die §§ 1012—1017 BGB aufgehoben (§ 35 VO; § 1 Reichsübergangsgesetzes v. 4. 3. 19, RGBl 285). Für die am 22. Januar 1919 bestehenden Erbbaurechte bleibt das bisherige Recht maßgebend (§ 38 VO). Über das bisherige Recht, insbesondere die §§ 1012—1017 BGB, vgl. § 38 A 1.

I. Begriff und Inhalt des Erbbaurechts[1])

1. Gesetzlicher Inhalt[2])

§ 1

Ein Grundstück[3]) kann in der Weise belastet werden[4]), daß demjenigen, zu dessen Gunsten[5]) die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht[6]) zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks[7]) ein Bauwerk[8]) zu haben[9]) (Erbbaurecht).

Das Erbbaurecht kann auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt werden, sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt[10]).

Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, ist unzulässig[11]).

Das Erbbaurecht kann nicht durch auflösende Bedingungen beschränkt werden[12]). Auf eine Vereinbarung, durch die sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen[13]).

1. Das **Erbbaurecht ist** aus den Wurzeln der römisch-rechtlichen Superfizies und der mittelalterlichen Bodenleihe (**RG** Gruch 68, 558) erwachsen. Nach dem Inkrafttreten des BGB, das

sich darüber nur in sechs Paragraphen (§§ 1012—1017) verhielt, erkannte man in diesem Recht ein Mittel, zur Abhilfe der Wohnungsnot Bodenflächen auch dann für Bauzwecke nutzbar zu machen, wenn der Eigentümer sein Grundstück nicht veräußern darf oder will. Das Recht wurde daher durch die VO v. 15. 1. 1919 weiter ausgebaut. Nach dieser Regelung ist das Erbbaurecht (§ 1 Abs 1 VO, früher § 1012 BGB) ein dingliches Recht an fremder Sache, und zwar das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Da es veräußerlich und vererblich ist, kann es durch rechtsgeschäftliche Übertragung (unten) und kraft Gesetzes durch Erbfolge (§§ 1922, 1942, 2100, 2139 BGB) oder Eingehung einer gütergemeinschaftlichen Ehe mit dem Erbbauberechtigten (§§ 1438, 1519, 1549 BGB) sowie durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§ 90 ZVG) erworben werden. Seine Veräußerlichkeit kann aber nach § 5 VO an die Zustimmung des Grundstückseigentümers gebunden werden; diese Vereinbarung hat die rechtlichen Folgen der §§ 6—8 VO. Das Erbbaurecht ist nicht lediglich ein Benutzungsrecht (A 9), aber auch kein geteiltes Eigentum oder Miteigentum zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten. Errichtet dieser selbst, wie es in der Regel der Fall sein wird, das Bauwerk, so ist er dessen Eigentümer, da es wesentlicher Bestandteil nicht des Grundstücks, sondern des Erbbaurechts wird (§ 12 Abs 1 Satz 1, Abs 2 VO; § 95 Abs 1 Satz 2 BGB; **RG** JW 03 Beil 90; KGJ 39 B 50; OLG 31, 333); das Eigentum an dem Grund und Boden, auf dem das Bauwerk steht, verbleibt dem Grundstückseigentümer. Ist das Bauwerk bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden (vgl. bereits OLG 26, 125), so geht der Grundstückseigentümer zwar des Eigentums daran nicht verlustig (KGJ 39 B 50); nach § 12 Abs 1 Satz 1, 2 VO gilt aber das Bauwerk auch in diesem Falle als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, so daß für die Dauer des Rechts das Eigentum des Grundstückseigentümers beschränkt ist und für die Belastungen des Erbbaurechts mithaftet. Streitig ist, ob nicht sogar der Erbbauberechtigte angesichts der Vorschrift, daß das Bauwerk als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts gilt, ebenfalls Eigentum daran erlangt. Die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung (§ 11 Abs 1 Satz 1 VO; früher § 1017 Abs 2 BGB.). Der Erbbauberechtigte ist Besitzer des Bauwerks und des Baugrundes; erstreckt sich sein Recht auf einen weiteren Teil des Grundstücks (§ 1 Abs 2 VO; früher § 1013 BGB), so ist er in der Regel auch Besitzer dieses Teils. Zum Schutz seines Besitzes stehen ihm die Besitzklagen zu. Der Grundstückseigentümer hat mittelbaren Besitz im Sinne des § 868 BGB an den genannten Grundflächen und, wenn er Eigentümer des Bauwerks ist, auch an diesem. Das Erbbaurecht kann nur als subjektiv-persönliches Recht für eine natürliche oder juristische Person bestellt werden, nicht als subjektiv-dingliches Recht für den jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks (OLG 15, 359). Nachdem es aber erworben ist, kann es mit einem dem Erbbauberechtigten gehörigen Grundstück nach § 890 BGB (§ 11 VO, früher § 1017 BGB) zu einem Grundstück vereinigt werden. Die Bestellung des Erbbaurechts unter einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung ist zulässig (**RG** 61, 1). Dagegen kann es nicht durch auflösende Bedingung beschränkt werden (§ 1 Abs 4; A 12). Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften; es wird ähnlich wie ein Grundstück behandelt (§§ 11, 14 VO; § 20 GBO in der Fassung des § 37 Abs 1 VO, § 22 Abs 2 GBO; früher § 1017 BGB, § 7 GBO). Dieser Grundsatz gilt auch in Ansehung der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung (§§ 864ff., 932 ZPO mit §§ 11, 24 VO). Bei der Eintragung in das Grundbuch wird für das Erbbaurecht von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt (Erbbaugrundbuch) angelegt (§ 14 Abs 1 Satz 1 VO; früher nach dem durch § 35 VO aufgehobenen § 7 GBO nur auf Antrag ausgenommen im Falle der Veräußerung oder Belastung). Das Erbbaugrundbuch ist für das Erbbaurecht das Grundbuch im Sinne des BGB (§ 14 Abs 2 VO; vgl. für früheres Recht § 3 Satz 2 GBO). — Zur **Entstehung** eines Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft bedarf es gemäß § 873 BGB (§ 11 VO) der Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erwerber und der Eintragung in das Grundbuch des belasteten Grundstücks (JFG 2, 306). Daß die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt wird, ist nicht mehr wie früher (§ 1015 BGB) erforderlich. Nach § 11 VO findet auch § 925 BGB (Auflassung) auf das Erbbaurecht keine Anwendung. Die Einigung ist daher (materiellrechtlich) auch formlos gültig (KGJ 53, 152). Formellrechtlich genügt jedoch zur Vornahme der Eintragung nicht, wie sonst bei einer Grundstücksbelastung, die Eintragungsbewilligung des Eigentümers (§ 19 GBO). Vielmehr ist nach der Ordnungsvorschrift des § 20 GBO (in der Fassung des § 37 VO) dem Grundbuchamt die Einigung beider Teile nachzuweisen, und zwar in der Form des § 29 GBO (KGJ 53, 152). Über eine Form der Eintragung vgl. § 14 A 2. Auch durch Buchersitzung kann nach § 900 BGB (§ 11 VO; früher § 1017 BGB) ein Erbbaurecht entstehen (30 Jahre lang unrichtiges Eingetragensein des Erbbaurechts und Besitz des Grundstücks durch den als Berechtigter Eingetragenen in Ausübung eines Erbbaurechts). — Zur **Übertragung** des Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft auf einen andern bedurfte es früher nach den §§ 1017 Abs 2, 925 BGB der Erklärung der Einigung über die Übertragung zwischen dem bisher Berechtigten und dem Erwerber vor dem Grundbuchamt bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile (Auflassung) und der Eintragung. Jetzt genügt Einigung, die auch formlos

rechtswirksam ist, und Eintragung in das Erbbaugrundbuch (§ 873 BGB; §§ 11, 14 VO). Formellrechtlich ist auch hier, wie bei der Bestellung eines Erbbaurechts, zur Vornahme der Eintragung der Übertragung nach der Ordnungsvorschrift des § 20 GBO (in der Fassung des § 37 VO) erforderlich, daß dem Grundbuchamt die Einigung beider Teile nachgewiesen wird, und zwar in der Form des § 29 GBO. Bei einem Erbbaurecht mit lediglich gesetzlichem Inhalt (§ 1 VO) bedarf es zur Übertragung nicht der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Ist jedoch gemäß § 5 Abs 1 VO als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart worden, daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, so ist nach § 6 Abs 1 VO zur Wirksamkeit der Übertragung diese Zustimmung erforderlich. Der Erbbauberechtigte kann das Erbbaurecht auch auf den Grundstückseigentümer übertragen; ein Erlöschen des Rechts tritt dabei nach § 889 BGB nicht ein (OLG 31, 334). Ist gemäß § 2 Nr 4 VO als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, daß der Erbbauberechtigte beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer verpflichtet sein soll, so hat der Grundstückseigentümer gegebenenfalls einen Anspruch auf die Übertragung (Heimfallanspruch: § 3 VO). Nach § 11 Abs 1 Satz 2 VO kann die Übertragung, anders als die Bestellung des Erbbaurechts (oben), nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen. — Die **Belastung** eines Erbbaurechts (z. B. mit hypothekarischen Rechten, Dienstbarkeiten, Reallasten, Vorkaufsrechten) geschieht in gleicher Weise wie die Belastung eines Grundstücks (§ 11 VO; früher § 1017 Abs 1 BGB). — Zur **Änderung des Inhalts** eines Erbbaurechts ist gemäß §§ 877, 873 BGB (§ 11 VO; früher § 1017 Abs 1 BGB) Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten und Eintragung erforderlich. Diese Einigung bedarf ebenso wie die Einigung über die Bestellung und die Übertragung des Erbbaurechts (oben), zur materiellen Gültigkeit keiner Form. Formellrechtlich ist auch hier nach der dem § 20 GBO durch § 37 Abs 1 VO gegebenen Fassung zur Vornahme der Eintragung die Einigung beider Teile in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Die Eintragung hat nicht nur in das Erbbaugrundbuch (§ 14 VO), sondern auch in das Grundbuch über das Grundstück zu erfolgen, da die Belastung des Grundstücks durch das Erbbaurecht eine Änderung erfährt (vgl. §§ 1, 3 preuß. JMVf über die Eintragung von Erbbaurechten v. 25. 3. 19, JMBl 138). Ist das Erbbaurecht mit dem Recht eines Dritten belastet, so bedarf es nach §§ 877, 876 BGB zu der Inhaltsänderung der Zustimmung des Dritten. — Die **Beendigung** des Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft erfolgt gemäß § 875 BGB (§ 11 VO; früher § 1017 Abs 1 BGB; vgl. RJA 8, 279) durch die von dem Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Grundstückseigentümer abgegebene Erklärung, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung im Grundbuch über das belastete Grundstück, die auch auf dem zu schließenden Erbbaugrundbuch zu vermerken ist (vgl. § 7 der vorbezeichneten preuß. JMVf v. 25. 3. 19). Nach § 26 VO bedarf es dazu aber weiter noch der gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten zu erklärenden Zustimmung des Grundstückseigentümers. Ist das Erbbaurecht mit Rechten Dritter (z. B. Hypotheken) belastet, so ist ferner gemäß § 876 BGB die Zustimmung dieser Dritten erforderlich, die dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Ferner endigt das Erbbaurecht durch Ablauf der Zeit, für welche es bestellt ist, wobei nach § 27 Abs 1 VO der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten hat. Jedoch kann das Erbbaurecht verlängert (§ 27 Abs 3 VO) und als Inhalt des Erbbaurechts ein Vorrecht für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Rechts nach dessen Ablauf eingeräumt werden (§ 2 Nr 6 VO). Weiter endigt das Erbbaurecht gemäß § 901 BGB (§ 11 VO; früher § 1017 Abs 1 BGB) durch Verjährung, wenn es mit Unrecht im Grundbuch gelöscht und der Anspruch des Erbbauberechtigten gegen den Grundstückseigentümer verjährt ist. Dagegen finden die §§ 927, 928 BGB keine Anwendung mehr auf das Erbbaurecht (§ 11 Abs 1 VO; früher war § 927 nach § 1017 Abs 1 BGB anwendbar, während die Anwendbarkeit des § 928 von der herrschenden Meinung mit Recht verneint wurde: RJA 8, 279). Das Erbbaurecht kann jetzt also nicht mehr durch Aufgebot oder durch einseitigen Verzicht des Berechtigten gemäß diesen Vorschriften zum Erlöschen gebracht werden. Ferner erlischt das Erbbaurecht nicht: durch Untergang des Bauwerks (§ 13 VO; früher § 1016 BGB), durch Vereinigung des Erbbaurechts und des Eigentums am Grundstück in einer Person (z. B. durch Erbfolge: § 889 BGB; s. auch oben Heimfall) sowie durch zwangsweise Versteigerung des Grundstücks (§ 25 VO). — Über andere landesgesetzlich anerkannte veräußerliche und vererbliche Nutzungsrechte vgl. § 37 VO A 3, über die vor Inkrafttreten des BGB begründeten Erbbaurechte § 38 VO A 1.

2. Der folgende § 1 bestimmt den **gesetzlichen Inhalt** des Erbbaurechts, von dem bei der Bestellung nicht abgewichen werden darf, wenn ein Erbbaurecht rechtsgültig entstehen soll. Die §§ 2—8 geben Vorschriften über zulässige vertragsmäßige Erweiterungen des gesetzlichen Inhalts mit dinglicher Wirkung. Vgl. in letzterer Hinsicht auch § 27 Abs 1 Satz 2 und § 32 Abs 1 Satz 2. Die Abs 1, 3 des § 1 stimmen wörtlich mit den früheren §§ 1012, 1014 BGB überein; Abs 2 entspricht mit einer Änderung dem früheren § 1013 BGB; Abs 4 ist neu.

3. Nicht der ideelle Bruchteil eines **Grundstücks**, da das Erbbaurecht ein Gebrauchs-

recht ist und das Grundstück unmittelbar trifft; wohl aber ein bestimmter (realer) Teil eines Grundstücks, wobei der Teil gemäß § 6 GBO von dem Grundbuchblatt des Grundstücks abzuschreiben ist (OLG 14, 85; 20, 405; RJA 9, 57). Das ganze Grundstück kann aber in der Weise belastet werden, daß das Erbbaurecht seiner Ausübung nach nur auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt ist (RJA 9, 57; OLG 20, 405; 26, 126). Bei der Zwangsversteigerung wird dann der Erlös des ganzen Grundstücks von dem Recht des Erbbauberechtigten ergriffen (RJA 9, 57). In einem solchen Falle findet auch § 6 GBO keine Anwendung (RJA 9, 58). Wird das belastete ganze Grundstück geteilt, so haftet jedes Teilgrundstück für das ganze Erbbaurecht; es entsteht daher eine Gesamtbelastung (KGJ 51, 229). Über Teilung auch des Erbbaurechts in solchem Falle vgl. A 8.

4. Die Art und Weise, in welcher die rechtsgeschäftliche **Belastung** eines Grundstücks mit einem Erbbaurecht erfolgt, ist bereits in A 1 unter „Entstehung" des Erbbaurechts erörtert.

5. Derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, kann nur eine natürliche oder juristische Person sein. Die Begründung des Erbbaurechts in der Gestalt eines subjektiv-dinglichen Rechts ist nicht zulässig (A 1). Das Erbbaurecht kann aber mehreren zu ideellen Bruchteilen oder zur gesamten Hand gehören.

6. Die Rechtsfolgen, die sich daraus ergeben, daß das Erbbaurecht **veräußerlich und vererblich** ist, sind in A 1 behandelt.

7. Der Begriff **„auf oder unter der Oberfläche"** erfordert nicht, daß das Bauwerk den Grund und Boden des belasteten Grundstücks berührt. Das Bauwerk, das den Gegenstand des Erbbaurechts bildet, kann also auch z. B. eine Brücke oder ein Viadukt sein. Vgl. auch RG 56, 260 (Kellerrecht).

8. Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Baustoffen in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache (RG 56, 41). Bauwerke sind also nicht bloß ein Gebäude (§ 912 BGB A 4), sondern auch: Denkmäler (OLG 8, 122); Brücken, Grabgewölbe (OLG 8, 122); Kanalisationsanlagen (RG V 395/03); Wasserrohrleitung mit eingemauerten Wasserentnahmeschächten (RG JW 1910, 148[11]); Gleisanlagen der Bahnen (RG 61, 3; RJA 5, 202); Träger einer Drahtseilbahn (OLG 26, 126). Keine Bauwerke sind dagegen: Rohrleitungen, wenn sie lediglich aus zusammengesetzten, in den Boden versenkten Rohrteilen bestehen (RJA 5, 204); Entwässerungsanlagen (RG Gruch 53, 81); artesische Brunnen und Doppelröhrentiefbrunnen (RG 56, 41; Gruch 59, 124); Maschinen (str.). Vgl. auch BGB § 638 A 2, § 648 A 2. An Pflanzungen allein kann ein Erbbaurecht nicht begründet werden, da es an einem Bauwerk fehlt. Doch kann nach § 1 Abs 2 VO bei Bestellung eines Erbbaurechts an einem Bauwerk das Recht auf eine Pflanzungsanlage erstreckt werden. — Das Erbbaurecht kann teilbar sein, wenn es sich ohne Inhalts- und Wertveränderung in gleichartige Teile zerlegen läßt (str.) und die Beteiligten die Teilung nicht ausgeschlossen haben. Die Teilbarkeit wird besonders dann gegeben sein, wenn die Berechtigung zum Haben mehrerer Gebäude begründet ist (KGJ 51, 230; JW 1932, 1977[5]). Die Teilung enthält eine Beschränkung des Teilerbbaurechts auf einen Grundstücksteil; dieser ist gemäß § 6 GBO von dem Grundbuchblatt über das belastete Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen. Ferner ist jeder Grundstücksteil von dem bei der Teilung auf ihn nicht entfallenden Teil des Erbbaurechts durch Aufgabeerklärung und Löschung gemäß § 875 zu enthaften; auch bedarf es gemäß § 876 der Zustimmung derjenigen, mit deren Rechten das Erbbaurecht belastet ist (KGJ 51, 231). — Für die Zulässigkeit des Erbbaurechts ist gleichgültig, ob das Bauwerk zur Zeit der Begründung des Erbbaurechts bereits besteht oder erst von dem Berechtigten in Ausübung seines Erbbaurechts errichtet wird. In jenem Falle ist der Eigentümer des Grundstücks, in diesem der Erbbauberechtigte Eigentümer des Bauwerks (A 1). Der Eigentümer des Grundstücks kann das Eigentum an dem Bauwerk nicht auf den Erbbauberechtigten (§ 93 BGB; RG 61, 1), wohl aber kann der Erbbauberechtigte sein Eigentum an dem Bauwerk auf den Eigentümer des Grundstücks übertragen, und zwar gemäß §§ 929ff. (A 1 § 95). Wird ein Schatz im Bauwerk gefunden, so gebührt die Hälfte nach § 984 dem Eigentümer des Bauwerks.

9. Das Recht **zum Haben** eines Bauwerks schließt die Befugnis in sich, das Bauwerk zu besitzen, gemäß dem Gesetz und dem Bestellungsvertrag zu nutzen, auch abzubrechen und durch ein neues Bauwerk zu ersetzen. Der Erbbauberechtigte „hat" das Bauwerk auch dann, wenn der Eigentümer des Grundstücks es errichtet hat (A 1; KGJ 25 A 141). Ihm stehen daher auch in diesem Falle die gleichen Befugnisse zu mit Ausnahme des Rechts zur Ersetzung des Bauwerks durch ein neues, da einer solchen Befugnis, wenn sie nicht vertragsmäßig (§ 2 Nr 1 VO) besonders eingeräumt ist, das Eigentum des Grundstückseigentümers an dem Bauwerk (A 1) entgegensteht (str.). Eine Bestimmung über die Pflicht zur Unterhaltung des Bauwerks durch den Erbbauberechtigten oder den Eigentümer des Grundstücks ist nicht gegeben. Diese Frage ist der vertragsmäßigen Regelung überlassen (§ 2 Nr 1 VO). Fehlt eine vertragliche Regelung, so wird, wenn das Bauwerk bei Begründung des Erbbaurechts bereits vorhanden war und deshalb im Eigentum des Grundstückseigentümers bleibt (A 1), dem Erbbauberechtigten wie einem Nießbraucher die Pflicht obliegen, das Bauwerk in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten. In dem

Regelfall, daß der Erbbauberechtigte selbst das Bauwerk errichtet hat, kann er es mangels einer vertraglichen Regelung verschlechtern oder auch zugrunde gehen lassen. Er haftet aber für den durch Einsturz des Bauwerks entstehenden Schaden nach §§ 836, 837 BGB. Auch hat er während der Dauer seines Rechts ein Interesse an der ordnungsmäßigen Instandhaltung des Bauwerks, weil er bei Beendigung des Rechts einen Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk (§ 27 VO) und beim Heimfall des Rechts an den Grundstückseigentümer (§ 2 Nr 4 VO) einen Anspruch auf Vergütung für das Erbbaurecht (§ 32 VO) hat und die Höhe der Entschädigung oder Vergütung sich nach dem Wert des Bauwerks zu dieser Zeit bestimmen wird. Nach früherem Recht war der Grundstückseigentümer nicht berechtigt, gemäß § 997 BGB das Bauwerk gegen Ersatz des Wertes zu behalten. Denn damals fehlte die Voraussetzung hierfür, daß das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grundstücks war (A 1). Jetzt bestimmt § 34 VO, daß der Erbbauberechtigte nicht berechtigt ist, beim Erlöschen des Erbbaurechts oder beim Heimfall das Bauwerk wegzunehmen. Nach § 2 Nr 3 VO gehört zum Inhalt des Erbbaurechts auch eine Vereinbarung über die Tragung der öffentlichen Lasten und Abgaben. Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen, so haben der Erbbauberechtigte und der Grundstückseigentümer die auf ihrem Eigentum ruhenden Lasten und Abgaben jeder für sich zu tragen, der Erbbauberechtigte also nur die auf dem Bauwerk ruhenden und auch diese nur dann, wenn er Eigentümer des Bauwerks ist (A 1).

10. Die **Erstreckung des Erbbaurechts auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Grundstücksteil** war schon früher durch § 1013 BGB zugelassen, weil häufig dem Bedürfnisse des Erbbauberechtigten mit dem Überlassen des Baugrundes nicht genügt, z. B. zu einem Gebäude oft ein Hof oder ein Garten nötig ist. In **RG** Gruch 71, 278 war auch die Erstreckung des Erbbaurechts auf die Gewinnung von Bodenbestandteilen aus dem nicht bebauten Grundstücksteil schon nach § 1013 für zulässig erklärt. Jedoch war im § 1013 die Zulässigkeit der Erstreckung an die Voraussetzung geknüpft, daß die Benutzung des Grundstücksteils für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bot, worunter dasselbe zu verstehen war wie unter dem Vorteil, den eine Grunddienstbarkeit nach der ihren Inhalt beschränkenden Vorschrift des § 1019 BGB für das herrschende Grundstück haben muß (§ 1019 A 2). Diese Einschränkung ist im § 1 Abs 2 VO fallen gelassen. Damit soll dem Inhaber eines Erbbauhauses die notwendige Nutzung des Hofraums oder eines größeren Gartens oder Ackerstücks im Erbbaurecht ermöglicht werden, ohne daß in eine allzu ängstliche Prüfung der Frage nach den Vorteilen für das Erbbaurecht eingetreten zu werden braucht (Begr. zu § 1 d. Entw. d. VO). Um jedoch zu verhüten, daß auf dem Umwege über das Erbbaurecht die von dem BGB abgeschaffte Erbpacht wieder eingeführt werden könnte, ist als Erfordernis gesetzt, daß **das Bauwerk** im Verhältnis zu dem Grundstücksteil **wirtschaftlich die Hauptsache bleibt.** Daher kann z. B. an einem Landgut mit den darauf befindlichen Wohn- und Wirtschaftsgebäuden, an einer Gärtnerei mit den zu ihrem Betriebe eingerichteten Gebäuden ein Erbbaurecht nicht bestellt werden, weil solche Gebäude gegenüber den Landflächen oder der Gärtnerei an wirtschaftlicher Bedeutung zurückstehen. Dagegen ist ein Erbbaurecht möglich an einem Landhaus mit einem Hof, Zugangsweg, Bleichplatz, See, Zier- oder Obstgarten oder Park (Begr aaO.; JW 1932, 1977[5]). Das Recht zur Benutzung des Nebenlandes gehört zum Inhalt des Erbbaurechts. Soll es erst nachträglich gewährt oder wieder aufgehoben werden, so handelt es sich um eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts; hierfür gelten also dieselben Erfordernisse wie für eine sonstige Inhaltsänderung (A 1 unter „Änderung des Inhalts des Erbbaurechts"). Über den Unterschied zwischen der Belastung eines Grundstücksteils mit dem Erbbaurecht und der Belastung eines ganzen Grundstücks in der Weise, daß die Ausübung des Erbbaurechts auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt ist, vgl. A 3.

11. Das schon in dem früheren § 1014 BGB vorgesehene **Verbot der Beschränkung auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk,** beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen, die aus dem Begriff des Gebäudes (§ 912 A 4) sich ergeben. Unzulässig ist danach z. B. die Begründung eines Erbbaurechts an einem bestimmten Teil eines Mühlengebäudes zwecks Benutzung für ein aufzustellendes Elektrizitätswerk. Wegen des Stockwerkseigentums vgl. den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in Art 131 und die Übergangsbestimmung in Art 182 EGBGB. Die Unzulässigkeit der Beschränkung betrifft weder ein ganzes von mehreren auf demselben Grundstück stehenden selbständigen Gebäuden (z. B. kann an einem Stallgebäude ein Erbbaurecht bestehen, während ein auf demselben Grundstück befindliches Wohngebäude nicht mit dem Erbbaurecht belastet ist) noch einen Teil eines anderen Bauwerks als eines Gebäudes (str.; es folgt dies aber daraus, daß hier nicht das Wort „Bauwerk", sondern das Wort „Gebäude" gebraucht ist). Auch braucht das Erbbaurecht bezüglich eines Bauwerks auf der Oberfläche nicht notwendig das darunter befindliche Bauwerk zu umfassen und umgekehrt. Der unter einem Gebäude befindliche Keller wird aber regelmäßig ein (unselbständiger) Teil des Gebäudes sein. Unter Umständen kann er sich jedoch nach der Verkehrsanschauung auch als ein selbständiges Gebäude oder sonstiges Bauwerk darstellen. Dann ist ein Erbbaurecht lediglich bezüglich des Kellers zulässig (**RG** 56, 260; JW 1933, 1334[4]). Unzulässig dagegen ist es, ein Erbbaurecht an einem Gebäude, das auf zwei Grundstücken steht, für den Eigentümer des einen Grundstücks zu bestellen, da das Erbbaurecht ein Recht an fremdem Grundstück ist und die auf fremdem Grundstück stehende Baulichkeit hier

nur ein Teil eines Gebäudes ist (KGJ 25 A 141). Für einen solchen Fall ist die Bestellung einer Grunddienstbarkeit, vermöge deren der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Recht hat, einen Teil seines Gebäudes auf dem dienenden Grundstück stehenzulassen, der nach § 1018 BGB zulässige Weg (KGJ 25 A 141).

12. Nach früherem Recht wurde überwiegend angenommen, daß ein Erbbaurecht befristet oder unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs 2 BGB) bestellt werden könne. Eine solche Bestellung wurde nur dann für unzulässig erachtet, wenn sie dem Grundsatz der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des Erbbaurechts nach § 1012 BGB entgegenstand (RG 61, 1; RJA 9, 128). Jetzt aber enthält § 1 Abs 4 Satz 1 VO allgemein das **Verbot der Beschränkung des Erbbaurechts durch auflösende Bedingungen.** Das Verbot beruht auf folgenden gesetzgeberischen Gedanken: Mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung würde das Erbbaurecht erlöschen; damit würden aber auch die Belastungen, insbesondere die Hypotheken, die etwa auf dem Erbbaurecht ruhen, untergehen, da ihnen durch den Untergang des Erbbaurechts die Grundlage entzogen wäre; in Anbetracht dieser Wirkung der auflösenden Bedingung würde die Beleihbarkeit des Erbbaurechts erschwert sein (Begr. zu § 1 d. Entw. d. VO). Die Bestellung eines Erbbaurechts unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs 1 BGB) oder einer Zeitbestimmung (§ 163 BGB) ist dagegen zulässig. Daher kann z. B. eine bestimmte Zeitdauer, ein Endtermin, für das Erbbaurecht gesetzt werden. Derartige Bestimmungen bedürfen, da sie einen wesentlichen Teil des Inhalts des Erbbaurechts bilden, außer der Einigung (§ 873 BGB) der Eintragung in das Grundbuch. Im Falle der nachträglichen Vereinbarung (§§ 873, 877 BGB) ist auch die Zustimmung Dritter im Sinne des § 876 BGB erforderlich. Eine Höchstdauer ist für das Erbbaurecht nicht bestimmt. Der Gesetzgeber hat sich dabei einerseits von der Erwägung leiten lassen, daß Erbbaurechte nicht nur für Wohnzwecke, sondern auch zur Errichtung öffentlicher Baulichkeiten (z. B. Museen, Kirchen, Denkmäler), für die eine Höchstdauer zu kurz sein könnte, bestellt werden möchten, anderseits aber auch von dem Gedanken, daß ein Grundeigentümer schwerlich seinen Boden mit Erbbaurechten „auf ewige Zeiten" belasten werde (Begr. zu § 1 Entw. d. VO). Auch von einer Bestimmung der Mindestdauer eines Erbbaurechts ist abgesehen, weil ein kurzfristiges Erbbaurecht nur eine minderwertige Kreditunterlage darstellen und deshalb von den Beteiligten kaum angewendet werden würde (Begr aaO.). Über die Entschädigung, die der Grundstückseigentümer im Falle des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf dem Erbbauberechtigten zu leisten hat, und über die Rechte der Realberechtigten an dem Entschädigungsanspruch: §§ 27, 29 VO.

13. Nach früherem Recht wurde es für zulässig erachtet, zu vereinbaren, daß der Grundstückseigentümer im Falle der Nichterfüllung von Verpflichtungen des Erbbauberechtigten (z. B. der Verpflichtung, ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers das Erbbaurecht nicht zu veräußern) befugt sein solle, die Aufhebung des Erbbaurechts zu verlangen. Man hielt auch für möglich, den so bedingten Anspruch auf Löschung des Erbbaurechts durch Eintragung einer Vormerkung (§ 883 BGB) zu sichern (RJA 9, 271). Auch hier hätte aber, wie beim Eintritt einer auflösenden Bedingung (A 12), die Aufhebung des Erbbaurechts zur Folge, daß die Belastungen, insbesondere die Hypotheken, erlöschen würden. Um dieses Ergebnis zu vermeiden und um zur Hebung der Beleihbarkeit des Erbbaurechts die Zahl der Verwirkungsmittel nach Möglichkeit zu verringern, **verbietet** § 1 Abs 4 Satz 2 VO die **Übernahme der Verpflichtung zur Aufgabe** und Löschung des Erbbaurechtes **beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen** (Begr. zu § 1 d. Entw. d. VO). Eine dem Verbot zuwider erfolgte Übernahme ist unwirksam (vgl. denselben Ausdruck „auf eine Vereinbarung . . . kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen" in § 6 Abs 2, § 27 Abs 2 Satz 2, § 32 Abs 2 Satz 2). Zulässig aber ist nach § 2 Nr 4 VO eine (mit dinglicher Wirkung verbundene) Vereinbarung der Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen (Heimfall). Bei der Übertragung auf Grund einer solchen Verpflichtung bleiben nach § 33 VO die hypothekarischen Rechte ohne Rücksicht auf ihren Rang bestehen (Begr aaO.).

2. Vertragsmäßiger Inhalt [1])

§ 2

Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten [2]) über:

1. **die Errichtung [3]), die Instandhaltung [4]) und die Verwendung des Bauwerkes [5]);**
2. **die Versicherung des Bauwerkes und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung; [4])**
3. **die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben [6]);**

4. **eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall)** [7]**;**
5. **eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen** [8]**;**
6. **die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf** [9]**;**
7. **eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen** [10]**.**

1. Während § 1 den gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmt, von dem nicht abgewichen werden darf, wenn die Erbbaurechtsbestellung Gültigkeit haben soll, geben die §§ 2—8 Vorschriften darüber, nach welchen Richtungen die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten über den gesetzlichen Inhalt hinaus zum **vertragsmäßigen Inhalt** des Erbbaurechts gemacht werden darf und welche Rechtswirkungen damit verbunden sind.

2. Aus der Bestimmung, daß die unter Nr 1—7 aufgeführten **Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten auch zum Inhalt des Erbbaurechts gehören,** folgt, daß diese Vereinbarungen nicht bloß schuldrechtliche Wirkung zwischen den Beteiligten und ihren allgemeinen Rechtsnachfolgern, sondern als Inhaltsbestandteile auch dingliche Wirkung für und gegen Dritte haben. Die Nichterfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen löst also nicht lediglich einen Schadensersatzanspruch für den einen Vertragsteil gegen den anderen aus, sondern die Verpflichtungen liegen dem jeweiligen Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigten gegenüber dem jeweiligen Erbbauberechtigten oder Grundstückseigentümer ob. Bei jedem Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten oder des Grundstückseigentümers, also auch im Falle der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts oder des Grundstücks, tritt mithin der Erwerber in die Rechte und Pflichten seines Rechtsvorgängers ein (Begr. zu § 2 d. Entw. d. VO). Erfordernis für die dingliche Wirkung ist die Eintragung in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch (§ 14 A 2). Werden solche Vereinbarungen erst nach der Begründung des Erbbaurechts getroffen, so bedarf es, da es sich um eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts handelt, nach §§ 873, 877 BGB außer der Einigung und Eintragung der Rechtsänderung gemäß § 876 BGB auch der Zustimmung der Dritten, mit deren Rechten das Erbbaurecht belastet ist (§ 1 A 1). — Andere Vereinbarungen über die Rechte und Pflichten der Beteiligten sind nicht unzulässig (Ausnahme: § 1 Abs 4 Satz 2 VO und dazu dort A 13). Sie wirken aber nur schuldrechtlich zwischen den Vertragschließenden. Jedoch können auch noch die in den §§ 5 Abs 1, 27 Abs 1 Satz 2, 32 Abs 1 Satz 2 VO bezeichneten Vereinbarungen (über: Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veränderung des Erbbaurechts; Höhe, Zahlungsart oder Ausschließung der Entschädigung beim Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf; Höhe, Zahlungsart oder Ausschließung der Vergütung beim Heimfall des Erbbaurechts) als Inhalt des Erbbaurechts getroffen werden. Vgl. auch über Ausbedingung eines Erbbauzinses, die aber nicht zum Inhalt des Erbbaurechts gehört, sondern in Gestalt einer Reallastbestellung erfolgt, § 9 VO und über die Zulässigkeit der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung § 1 A 12.

3. Der den gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmende § 1 Abs 1 VO besagt nichts darüber, daß der Erbbaurechtsnehmer, dem das Erbbaurecht an unbebautem Boden bestellt wird, auch die Pflicht hat, zu bauen. Daher wird es insbesondere dann, wenn mit der Bestellung des Erbbaurechts der Zweck verfolgt wird, Kleinwohnungen zu schaffen, angezeigt sein, dem Erbbaurechtsnehmer die Verpflichtung zur **Errichtung des Bauwerks** mit dinglicher Wirkung (A 2) aufzuerlegen. Dabei kann ihm eine Frist für die Vornahme des Baues gesetzt, die Art und Einrichtung, die Höhe und Größe des Bauwerks, auch nach einem Bauplan, bestimmt und festgesetzt werden, daß er das Bauwerk nicht ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers wesentlich verändern oder ganz oder zum Teil abbrechen dürfe (Begr zu § 2). Dagegen kann ihm umgekehrt die Befugnis zur Errichtung oder Wiedererbauung des zerstörten Bauwerks nicht entzogen werden, da dies dem gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts widerstreiten würde.

4. Die Auferlegung der Verpflichtung des Erbbaurechtsnehmers zur **Instandhaltung des Bauwerks** in ordnungsmäßigem Zustand, zur **Versicherung** gegen Feuersgefahr, zur Instandsetzung im Falle eines Brandes oder, wenn das Bauwerk zerstört ist, zum **Wiederaufbau** dient dem Interesse des Grundstückseigentümers, dem das Bauwerk bei Beendigung des Erbbaurechts nach § 12 Abs 3 VO zufällt (vgl. auch § 23 VO über die Anzeige eines Brandes im Falle der Feuerversicherung). Sie fördert zugleich dadurch, daß die Sicherheit der Hypothekengläubiger erhöht wird, die Beleihbarkeit des Erbbaurechts. Über die Unterhaltungspflicht, falls keine Bestimmung darüber getroffen ist, vgl. § 1 A 9.

5. Durch Vereinbarungen über die **Verwendung des Bauwerks** kann besonders verhütet werden, daß im Falle der Hingabe von Grund und Boden zu Erbbaurecht im öffentlichen Interesse (z. B. zu Kleinwohnungszwecken) der Erbbauberechtigte die in gemeinnütziger Weise gemachten Aufwendungen, worunter auch der Verzicht auf gewinnbringendere Verwendung des Grund und Bodens fällt, zu eigensüchtigen Zwecken mißbraucht (Begr zu § 2). Dazu gehören z. B. Vereinbarungen über die Verpflichtung des Erbbauberechtigten, bei der Vermietung der Wohnungen eine bestimmte Höhe der Mietzinsen nicht zu überschreiten, die Mietzinsen nicht ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers zu erhöhen, nur an gewisse Klassen von Personen (z. B. Beamte) zu vermieten, in der Belegung der Wohnräume gewisse Grenzen einzuhalten, das Bauwerk zu bestimmten Zwecken (z. B. zum Betriebe einer Gastwirtschaft) nicht zu gebrauchen (Begr zu § 2).

6. Über den Begriff der **öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben**, deren **Tragung** durch Vereinbarungen mit dinglicher Wirkung (A 2) geregelt werden kann, vgl. BGB § 436 A 1 (öffentliche Lasten und Abgaben) und § 1047 A 3 (privatrechtliche Lasten). Über die Tragung der öffentlichen Lasten und Abgaben beim Fehlen solcher Vereinbarungen: VO § 1 A 9. Die Frage, ob eine Stadtgemeinde als Grundstückseigentümerin den Erbbauberechtigten zu Straßenanliegerbeiträgen heranziehen kann, wenn er im Erbbauvertrag die öffentlichen Lasten übernommen hat, ist behandelt in JW 1933, 925[11].

7. Die Gewährung eines **Heimfallanspruchs für den Grundstückseigentümer** kann zugleich mit der Übernahme von Verpflichtungen der in § 2 Nr 1—3 bezeichneten Art und für den Fall vereinbart werden, daß solche Verpflichtungen von dem jeweiligen Erbbauberechtigten (A 2) nicht erfüllt würden. Der Heimfallanspruch kann aber auch an den Eintritt anderer Voraussetzungen geknüpft werden, z. B. an die Säumigkeit in der Zahlung des ausbedungenen Erbbauzinses (§ 9 VO; jedoch mit der aus Abs 3 dort sich ergebenden Beschränkung: Rückstand mit dem Erbbauzinse mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge) oder an die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des jeweiligen Erbbauberechtigten. Dagegen ist es nach § 6 Abs 2 VO nicht zulässig, dem Grundstückseigentümer einen Heimfallanspruch für den Fall des Zuwiderhandelns des Erbbauberechtigten gegen eine gemäß § 5 VO übernommene Beschränkung (Veräußerung des Erbbaurechts nicht ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers) zu gewähren. Der beim Eintritt der Voraussetzung gegebene Heimfallanspruch kann nach § 3 Halbs 1 von dem Eigentum an dem Grundstück nicht getrennt werden. Seine Verjährung ist im § 4 geregelt. Er wird erfüllt durch Übertragung des Erbbaurechts im Wege der (nötigenfalls durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO zu ersetzenden) Einigung und Grundbucheintragung (§ 873 BGB, § 11 VO) entweder auf den Grundstückseigentümer oder nach § 3 Halbs 2 auf den von ihm bestimmten Dritten. Auch im ersteren Falle bleibt aber das Erbbaurecht nach § 889 BGB bestehen. Der Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten wird im Erbbaugrundbuch eingetragen nebst unverzüglichem Vermerk auf dem Grundbuchblatt über das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück. Der Grundstückseigentümer ist dann also auf diesem Blatt als Eigentümer eingetragen und zugleich als Erbbauberechtigter vermerkt und im Erbbaugrundbuch als neuer Erbbauberechtigter eingetragen (§ 14 VO; § 5 preuß. JMBl v. 25. 3. 19). Wird auf sein Verlangen das Erbbaurecht auf einen Dritten übertragen, so wird nur dieser, nicht zuvor auch er als neuer Erbbauberechtigter in das Erbbaugrundbuch eingetragen. In jedem Falle hat der Grundstückseigentümer nach § 32 Abs 1 dem Erbbauberechtigten für das Erbbaurecht eine angemessene oder die etwa vereinbarte Vergütung zu gewähren, sofern nicht durch eine (im Falle des § 32 Abs 2 unzulässige) Vereinbarung die Gewährung einer Vergütung ausgeschlossen worden ist. Auch wenn das Erbbaurecht auf den Grundstückseigentümer selbst übertragen wird, bleiben gemäß § 33 Abs 1 Satz 1, 2 die dort bezeichneten Belastungen des Erbbaurechts bestehen, während andere auf dem Erbbaurecht lastende Rechte gemäß § 33 Abs 1 Satz 3 erlöschen. Zu den erlöschenden Rechten gehört das Heimfallrecht nicht, da es zum Inhalt des Erbbaurechts gehört. Es besteht für den jeweiligen Grundstückseigentümer gegen den jeweiligen Erbbauberechtigten fort. Will der Grundstückseigentümer und gleichzeitige Erbbauberechtigte nun das Heimfallrecht aufheben, so genügt nach § 875 BGB (§ 11 VO) dazu seine gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Aufgabeerklärung nebst hinzutretender Löschung im Erbbaugrundbuch. Nach der allgemein gehaltenen Bestimmung des § 876 Satz 1 BGB ist aber die Zustimmung der Realberechtigten am Erbbaurecht erforderlich, zumal auch für diese die Aufhebung, die zugleich eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts enthält, von Bedeutung sein kann (str.). Das Bauwerk, das nach § 34 VO der Erbbauberechtigte nicht wegnehmen darf, wird auch durch eine solche Aufhebung nicht Bestandteil des Grundstücks, sondern bleibt Bestandteil des Erbbaurechts, da dieses nicht erlischt (§ 12 Abs 2 Halbs 2 mit § 12 Abs 3 VO). Das kann für die Sicherheit der Realberechtigten an dem Erbbaurecht und für den Fall der Wiederveräußerung des Erbbaurechts an einen andern von Belang sein (str.). Von der Einführung eines richterlichen Prüfungs- und Milderungsrechts nach dem Muster der Hypothekenschutzverordnung v. 8. 6. 16 (RGBl 451) hat der Gesetzgeber hier bei der Ausübung des Heimfallrechts abgesehen, und zwar nach der Begr zu § 2 Entw deswegen, weil als Erbbaurechtsbesteller in der Hauptsache die öffentlichen Körperschaften in Frage kämen und bei ihnen eine allzu starre Handhabung der Heimfallklausel nicht zu befürchten sei.

8. Eine Festsetzung der **Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen** wird hauptsächlich in Betracht kommen für den Fall der Nichterfüllung geringerer Verpflichtungen als solcher, für deren Nichterfüllung ein Heimfallrecht (§ 2 Nr 4) vereinbart wird. Unter Vertragsstrafe kann auch die Nichterfüllung anderer Verpflichtungen als der im § 2 Nr 1—3 bezeichneten gesetzt werden, z. B. die nicht rechtzeitige Zahlung eines Erbbauzinses (§ 9 VO). Die Vertragsstrafe unterliegt den Vorschriften der §§ 339ff. BGB, insbesondere auch der des § 343 über die Ermäßigung durch den Richter bei unverhältnismäßiger Höhe. Die Verjährung des Anspruchs auf sie regelt § 4 VO.

9. Die rechtlichen Folgen, die sich daraus ergeben, daß **für den Erbbauberechtigten ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf eingeräumt** ist, falls der Grundstückseigentümer nach Beendigung des alten Erbbaurechts mit einem Dritten einen Vertrag über Bestellung eines neuen Erbbaurechts an demselben Grundstück schließt, regelt § 31 VO.

10. In einer Vereinbarung der **Verpflichtung des Grundstückseigentümers, sein Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen,** müssen wie bei jedem Vorvertrag auf Abschluß eines Kaufvertrags die wesentlichen Bedingungen des Kaufes, insbesondere die Höhe des Kaufpreises, mindestens bestimmbar (wie z. B. jedesmal angemessener Preis, Bestimmung durch einen Beteiligten gemäß §§ 315f. BGB oder einen Dritten gemäß §§ 317ff. BGB) festgesetzt werden, da sonst die Vereinbarung zu unbestimmt ist (str.). Soll ein fest bestimmter (nicht der jedesmal angemessene) Preis maßgebend sein, so wird eine Zeitspanne für die Ausübung des Kaufrechts zu setzen sein, wenn es nicht im Willen der Beteiligten liegt, daß die Steigerung des Bodenpreises im Laufe der Zeit dem jeweiligen Erbbauberechtigten zugute kommen soll. Die nach der Geltendmachung des Kaufrechts durch Auflassung (§ 925 BGB) zu bewirkende Übereignung des Grundstücks an den Erbbauberechtigten führt nach § 889 BGB nicht zum Erlöschen des Erbbaurechts. Der Berechtigte kann gesondert Grundstück und Erbbaurecht belasten oder sonst darüber verfügen. Zur Aufhebung des Erbbaurechts (§ 875 BGB) bedarf er jedoch nach § 876 BGB der Zustimmung der Realberechtigten am Erbbaurecht. — Unberührt durch die VO, insbesondere durch § 2 Nr 4, 7 (Heimfallrecht, Kaufrecht), ist die Zulässigkeit der Vereinbarung dinglicher Vorkaufsrechte (§ 1094 BGB) sei es zugunsten des Grundstückseigentümers an dem Erbbaurecht, sei es zugunsten des Erbbauberechtigten an dem Grundstück für den Fall, daß das Erbbaurecht oder das Grundstück an einen Dritten verkauft wird. Das Vorkaufsrecht für den Erbbauberechtigten trägt zur Hebung der Marktgängigkeit und damit der Beleihbarkeit des Erbbaurechts bei; das Vorkaufsrecht für den Grundstückseigentümer ermöglicht diesem, das Erbbaurecht selbst zu erwerben, wenn ihm der Käufer für die Erfüllung der als Inhalt des Erbbaurechts übernommenen Verpflichtungen nicht genügende Gewähr bietet (Begr. zu § 2 d. Entw. d. VO). Die nach der Verwirklichung des Vorkaufsrechts eintretende Vereinigung des Eigentums am Grundstück und des Erbbaurechts in einer Person hat nach § 889 BGB den Untergang des Erbbaurechts nicht zur Folge.

§ 3

Der Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers kann nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden [1]); der Eigentümer kann verlangen, daß das Erbbaurecht einem von ihm zu bezeichnenden Dritten übertragen wird [2]).

1. Die zur Verhütung einer Verwicklung der Rechtsverhältnisse bestimmte **Untrennbarkeit** hat zur Folge, daß der Heimfallanspruch nicht für sich allein Gegenstand einer Verfügung oder einer Pfändung sein kann.

2. Durch die Gewährung des Rechts auf **Übertragung des Erbbaurechts an den Dritten** soll zur Verhütung unnötiger Belastung des Grundbuchs und zur Ersparung von Kosten der Umweg der Übertragung auf den Grundstückseigentümer vermieden werden, wenn dieser das Erbbaurecht nicht für sich zu behalten, sondern dem Dritten zu übertragen beabsichtigt (Begr. zu § 3 d. Entw. d. VO).

§ 4

Der Heimfallanspruch sowie der Anspruch auf eine Vertragsstrafe (§ 2 Nr. 4 und 5) verjährt in sechs Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Grundstückseigentümer von dem Vorhandensein der Voraussetzungen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in zwei Jahren vom Eintreten der Voraussetzungen an [1]).

1. Die kurze (§ 195 BGB) **Verjährungsfrist für den Heimfallanspruch** (§ 2 Nr 4; § 2 A 7) und den **Anspruch auf eine Vertragsstrafe** (§ 2 Nr 5; § 2 A 8) ist besonders geregelt, weil

diese Ansprüche auf Vereinbarungen beruhen, die nach § 2 zum Inhalt des Erbbaurechts gehören, und weil deshalb für sie nicht nur die für die Verjährung schuldrechtlicher Ansprüche gegebenen Verjährungsfristen (§§ 474, 852, 1057 BGB), sondern auch die Vorschriften über die Verjährung eingetragener Rechte (§ 902 BGB) in Frage kommen konnten (Begr. zu § 4 d. Entw. d. VO). Die **Voraussetzung**, von deren Kenntnis oder Eintreten ab die sechsmonatige oder zweijährige Verjährungsfrist beginnt, wird in der Regel die Nichterfüllung einer vom Erbbaurechtsnehmer übernommenen Verpflichtung sein (§ 2 A 7, 8).

§ 5

Als Inhalt des Erbbaurechts [1]) kann auch vereinbart werden [2]), daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

Als Inhalt des Erbbaurechts [1]) kann ferner vereinbart werden [2]), daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast [3]) der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so kann auch eine Änderung des Inhalts [4]) der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält [5]), nicht ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen [6]).

1. Aus den Worten **„als Inhalt des Erbbaurechts"** folgt, daß die hier zugelassene Vereinbarung ebenso wie die in § 2 aufgeführten Vereinbarungen dingliche Wirkung gegen jedermann hat (§ 2 A 2), während sonst nach § 137 BGB die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung beschränkt werden kann.

2. Für den Grundstückseigentümer kann eine **Vereinbarung des Erfordernisses seiner Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts** besonders von Bedeutung sein, um zu verhüten, daß der Erbbauberechtigte sein Erbbaurecht unter Hintansetzung des mit der Gewährung des Rechts verfolgten Zwecks zu Spekulationszwecken veräußert. Die Vereinbarung des Bedürfnisses der Zustimmung des Eigentümers zur **Belastung des Erbbaurechts** mit den im Abs 2 bezeichneten Rechten wird namentlich geeignet sein zu verhüten, daß Belastungen im Übermaß und ohne wirtschaftlichen Bedarf für das Bauwerk erfolgen und bei einem vorzeitigen Heimfall des Erbbaurechts (§ 2 Nr 4) gemäß § 33 auf dem dann dem Eigentümer selbst zustehenden Erbbaurecht ruhen (Begr. zu § 5 d. Entw. d. VO).

3. Nur für die Belastung mit einer **Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder** einer **Reallast** kann das Erfordernis der Zustimmung mit dinglicher Wirkung vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung hat aber zur Folge, daß ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs eines Dritten gegen den Erbbauberechtigten auf Einräumung einer Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld, Reallast) an dem Erbbaurecht auf dem Blatt des Erbbaurechts nicht eingetragen werden kann (JFG 9, 213). Eine Vereinbarung für die Belastung mit anderen Rechten, z. B. Nießbrauch, persönlichen Dienstbarkeiten, hat nach § 137 Satz 1, 2 BGB nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragschließenden.

4. Daß **auch** die im Abs 2 Satz 2 bezeichnete **Änderung des Inhalts** der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, ist gesetzliche Folge aus der gemäß Abs 2 Satz 1 getroffenen Vereinbarung; eine besondere Vereinbarung darüber ist nicht erforderlich.

5. Um eine Änderung des Inhalts, **die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält,** handelt es sich z. B., wenn nachträglich (gemäß § 877 BGB) das Kapital oder die Zinsen der hypothekarischen Rechte oder die Leistungen der Reallastberechtigung erhöht werden.

6. Bestimmungen sind gegeben in den §§ 6, 8 über die Wirkungen der aus den Vereinbarungen sich ergebenden Verfügungsbeschränkungen und in § 7 über den Schutz des Erbbauberechtigten gegen Willkür des Grundstückseigentümers.

§ 6

Ist eine Vereinbarung gemäß § 5 getroffen, so ist eine Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und ein Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet, unwirksam, solange nicht der Grundstückseigentümer die erforderliche Zustimmung erteilt hat [1]).

Auf eine Vereinbarung, daß ein Zuwiderhandeln des Erbbauberechtigten gegen eine nach § 5 übernommene Beschränkung einen Heimfallanspruch begründen soll, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen [2]).

1. Unwirksam ist nicht nur die einer Vereinbarung nach § 5 Abs 1 oder 2 zuwider ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgte dingliche **Verfügung des Erbbauberechtigten** durch Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts, sondern auch der schuldrechtliche **Vertrag auf Übernahme der Verpflichtung** zu einer solchen Verfügung. Deshalb können auch auf Grund eines solchen schuldrechtlichen Vertrags vom Vertragsgegner des Erbbauberechtigten gegen diesen keinerlei Rechte, insbesondere auf Erfüllung oder auf Schadensersatz, geltend gemacht werden. Die Unwirksamkeit wirkt gegen jedermann (JW 1933, 704[3]). Sie ist aber nur eine vorläufige, schwebende. Die Verfügung oder der schuldrechtliche Vertrag kann durch **nachträgliche Zustimmung** (Genehmigung: § 184 BGB) **des Grundstückseigentümers** wirksam werden; einstweilig sind die Beteiligten gegenseitig gebunden; ein einseitiger Widerruf steht ihnen nicht zu (RG 64, 154). Nach § 15 VO darf aber im Falle einer Verfügung der Rechtsübergang oder die Belastung erst eingetragen werden, wenn die Zustimmung dem Grundbuchamt nachgewiesen ist. Die Zustimmung bedarf gemäß § 182 BGB nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form. Erfolgt sie nachträglich, so wirkt sie auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (§ 184 Abs 1 BGB). Wird sie verweigert und auch nicht auf dem in § 7 dem Erbbauberechtigten offen gelassenen Wege ersetzt, so ist die Unwirksamkeit nunmehr eine endgültige.

2. Durch die Bestimmung des Abs 2 ist einer Vereinbarung, daß dem Grundstückseigentümer ein **Heimfallanspruch** (§ 2 Nr 4) zustehen solle, wenn der Erbbauberechtigte **einer gemäß § 5 Abs 1 oder 2 getroffenen Vereinbarung zuwiderhandeln** würde, die Wirksamkeit gegenüber dem Erbbauberechtigten entzogen (§ 1 A 13).

§ 7

Ist anzunehmen, daß durch die Veräußerung (§ 5 Abs 1) der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird, und daß die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet, so kann der Erbbauberechtigte verlangen, daß der Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung erteilt [1]). Dem Erbbauberechtigten kann auch für weitere Fälle ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt werden [2]).

Ist eine Belastung (§ 5 Abs 2) mit den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vereinbar, und wird der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet, so kann der Erbbauberechtigte verlangen, daß der Grundstückseigentümer die Zustimmung zu der Belastung erteilt [1]).

Wird die Zustimmung des Grundstückseigentümers ohne ausreichenden Grund verweigert, so kann sie auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Amtsgericht ersetzt werden, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist [1]). Die Vorschriften des § 53 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und des § 60 Abs 1 Nr 6 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten entsprechend [3]).

1. Der Grundstückseigentümer könnte auf Grund einer gemäß § 5 Abs 1 oder 2 getroffenen Vereinbarung durch eine nach der Sachlage nicht gerechtfertigte Versagung der Zustimmung zur Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts die Freizügigkeit und wirtschaftliche Freiheit des Erbbauberechtigten in unerträglicher Weise einengen und ihm unter Umständen jede Benutzung des durch das Erbbaurecht verkörperten Vermögensgegenstandes zur Kreditgewinnung verwehren. Um dem vorzubeugen, gibt § 7 **unter den im Abs 1 und im Abs 2 bestimmten je zwei Voraussetzungen** (nicht wesentliche Beeinträchtigung oder Gefährdung des mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zwecks, Gewähr der Persönlichkeit des Erwerbers für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen oder Vereinbarkeit der Belastung mit einer ordnungsmäßigen Wirtschaft) einen **gesetzlichen Anspruch auf die Zustimmung zu der Veräußerung oder Belastung** (Begr. zu § 7 d. Entw. d. VO). Jedoch schließt er für die Durchsetzung des Anspruchs den ordentlichen Rechtsweg aus und trifft, um im Interesse des Erbbauberechtigten eine Entscheidung möglichst schnell und einfach herbeizuführen, im Abs 3 die Bestimmung, daß die **Zustimmung**, wenn sie **ohne ausreichenden Grund**, insbesondere (A 2) also trotz Vorliegens der vom Gesetz bezeichneten beiden Voraussetzungen **verweigert** wird, **auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Amtsgericht** des belegenen Grundstücks im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ersetzt werden kann (Begr aaO.)

2. Der schwer verständliche Abs 1 Satz 2 ist beim Zusammenhalt mit Abs 1 Satz 1 und Abs 3 wohl dahin aufzufassen: Auch wenn im Falle der Veräußerung des Erbbaurechts die Voraussetzungen des Abs 1 Satz 1 für den gesetzlichen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung nicht vorliegen, **kann dem Erbbauberechtigten für weitere Fälle** ein **Anspruch** auf Erteilung der Zustimmung **eingeräumt werden.** Immerhin müssen die weiteren Fälle solche sein, daß die Verweigerung der Zustimmung sich, wie stets beim Vorliegen der Voraussetzungen des Abs 1 Satz 1, als ohne ausreichenden Grund erfolgt darstellen kann. Es ist dann Sache des Ermessens des Amtsgerichts, ob es auch in einem solchen weiteren Fall die Zustimmung ersetzen will (str.).

3. Aus der **entsprechenden Geltung des § 53 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und des § 60 Abs 1 Nr 6 FGG** folgt: Die Verfügung, durch die vom Amtsgericht auf Antrag des Erbbauberechtigten die Zustimmung des Grundstückseigentümers zu der Veräußerung oder der Belastung des Erbbaurechts ersetzt wird, tritt erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit. Bei Gefahr im Verzug kann das Gericht die sofortige Wirksamkeit der Verfügung anordnen; eine solche Verfügung tritt mit der Bekanntmachung an den Erbbauberechtigten in Wirksamkeit. Gegen die erst mit der Rechtskraft wirksam werdende Verfügung findet sofortige Beschwerde binnen der Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung an den Beschwerdeführer (den die Zustimmung verweigernden Grundstückseigentümer) beginnt (§§ 16 Abs 1, 2; 22 Abs 4 FGG), an das Landgericht statt; weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht im Falle einer Gesetzesverletzung (§ 27 FGG).

§ 8

Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen [1]), sind insoweit unwirksam, als [2]) sie die Rechte des Grundstückseigentümers aus einer Vereinbarung gemäß § 5 vereiteln oder beeinträchtigen würden [3]).

1. Da nach § 11 VO auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, kommen hier als **Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung, durch den Konkursverwalter** namentlich in Betracht: die Zwangsversteigerung (§§ 15ff. ZVG) und die Zwangsverwaltung (§§ 146ff. ZVG) des Erbbaurechts im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 866 ZPO) oder auf Betreiben des Konkursverwalters (§ 126 KO; §§ 172—174 ZVG); die Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPO) und einer Arresthypothek (§ 932 ZPO) auf das Erbbaurecht.

2. Aus den Worten **„insoweit unwirksam, als"** ist nicht zu folgern, daß die Verfügung nur gegenüber dem in seinen Rechten verletzten Grundstückseigentümer unwirksam ist und daß Dritte die Verfügung als wirksam gelten lassen müssen, wenn nicht der Eigentümer die Unwirksamkeit geltend macht und ihre Feststellung durchsetzt. Aus dem Zusammenhang des § 8 mit dem über Unwirksamkeit von Verfügungen sprechenden § 6 Abs 1 sowie daraus, daß § 8 kein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB enthält, ergibt sich vielmehr, daß die Unwirksamkeit ähnlich wie im Falle des § 2113 BGB (Verfügung des Vorerben über ein Nachlaßgrundstück zum Nachteil des Nacherben) eine absolute ist. Auch Dritte, die ein Interesse daran haben, können sich also auf sie berufen, solange der Grundstückseigentümer die Verfügung nicht genehmigt hat (JW 1933, 704[3]). Der durch die genannten Worte eingeleitete Schlußhalbsatz des § 8 bestimmt nur die sachliche Voraussetzung für die Unwirksamkeit. Der in seinen Rechten verletzte Grundstückseigentümer kann die Beseitigung der Verfügung im Wege der Widerspruchsklage nach §§ 771, 928 ZPO gegen den die Zwangsvollstreckung oder die Arrestvollziehung betreibenden Gläubiger oder gegen den Konkursverwalter betreiben. Er kann aber auch im Wege der Einwendung nach § 766 ZPO (vgl. bezüglich des Konkursverwalters RG 37, 398) gegen die beeinträchtigenden Verfügungen vorgehen. Auch hat im Falle einer Vereinbarung nach § 5 Abs 1 der Vollstreckungsrichter die Einleitung der Zwangsversteigerung abzulehnen, wenn ihm die Genehmigung des Grundstückseigentümers nicht nachgewiesen wird; gegebenenfalls ist nachträglich gemäß § 28 ZVG zu verfahren.

3. Die **Rechte des Grundstückseigentümers** würden **vereitelt oder beeinträchtigt** werden z. B.: im Falle einer **Vereinbarung nach § 5 Abs 1** (Veräußerung ohne Zustimmung) durch Zwangsversteigerung des Erbbaurechts, dagegen nicht durch Eintragung einer Zwangshypothek oder Arresthypothek; im Falle einer **Vereinbarung nach § 5 Abs 2** (Belastung ohne Zustimmung) durch Eintragung einer Zwangshypothek oder Arresthypothek, dagegen nicht durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung.

3. Erbbauzins

§ 9

Wird für die Bestellung des Erbbaurechts ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) ausbedungen [1]), so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Reallasten entsprechende Anwendung [2]). Die zugunsten der Landesgesetze bestehenden Vorbehalte über Reallasten finden keine Anwendung [3]).

Der Erbbauzins muß nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbauzeit im voraus bestimmt sein [1]). Der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Entrichtung des Erbbauzinses kann in Ansehung noch nicht fälliger Leistungen nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden [4]).

Zahlungsverzug des Erbbauberechtigten kann den Heimfallanspruch nur dann begründen, wenn der Erbbauberechtigte mit dem Erbbauzinse mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge im Rückstand ist [5]).

1. Ein Erbbaurecht kann entgeltlich oder unentgeltlich bestellt werden. Wird es entgeltlich bestellt, so haben die Beteiligten es in der Hand, eine einmalige Abfindung oder, was die allgemein übliche Form der Gegenleistung ist, **ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) auszubedingen.** Der wiederkehrende Zins muß aber nach Abs 2 Satz 1 **für die ganze Dauer der Erbbauzeit nach Fälligkeit und Höhe im voraus bestimmt sein.** Dieses Erbbauzinsrecht kann nicht für den gegenwärtigen Grundstückseigentümer persönlich, sondern nur für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (§ 1105 Abs 2 mit § 1111 Abs 1 BGB) bestellt werden. Das ergibt sich aus der im Abs 2 Satz 2 gegebenen Vorschrift, wonach das Zinsrecht nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden kann. Die Bestellung erfolgt gemäß § 873 BGB (§§ 11, 14 VO) durch Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbaurechtsnehmer und Eintragung in das Erbbaugrundbuch. Die Einigung bedarf zur materiellrechtlichen Gültigkeit keiner Form; formellrechtlich ist zur Vornahme der Eintragung die Eintragungsbewilligung des Erbbauberechtigten (§ 19 GBO) in der Form des § 29 GBO zu erklären. Die Frage, ob und inwieweit bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 BGB Bezug genommen werden kann, ist nunmehr durch den neu eingefügten Satz 3 im § 14 Abs 1 geregelt (§ 14 A 1 a). Aus § 9 Abs 2 Satz 1 ist zu entnehmen, daß der Erbbauzins von vornherein unter genauer ziffernmäßiger Bestimmung der Höhe festgesetzt sein muß. Die Bemessung des Erbbauzinses auf der Grundlage der Feingoldmark ist zulässig (JFG 8, 330). Dagegen kann die Bestimmung der Höhe des Erbbauzinses nicht in der Weise getroffen werden, daß eine Höchst- und Mindestgrenze festgesetzt und die Bestellung der Höhe des Erbbauzinses für die einzelnen Zeitabschnitte der späteren Vereinbarung der Beteiligten oder der Ermittlung durch einen Dritten vorbehalten wird (JFG 3, 325). Soll eine künftige Erhöhung des Erbbauzinses bei späterer Wertsteigerung des Erbbaurechts vorgesehen werden, so kann dies nur durch Eintragung einer Vormerkung (§ 883 Abs 1 Satz 2) zur Sicherung des vertragsmäßig festzulegenden Anspruchs auf eine künftige Erhöhung oder durch Bestellung einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) für den künftigen Anspruch geschehen (JFG 3, 329). Soll nachträglich eine Erhöhung der Zinsbeträge erfolgen, so bedarf es nach §§ 877, 876 Satz 1 BGB außer der Einigung und der Eintragung auch der Zustimmung der Realberechtigten, die der Erbbauzinspflicht im Range nachstehen, es sei denn, daß die Erhöhung von vornherein unter genauer ziffernmäßiger Bestimmung der Höhe vertraglich vorgesehen und diese Ausbedingung im Grundbuch vermerkt ist (Begr. zu § 9 d. Entw. d. VO). Zur nachträglichen Minderung des Zinses ist nach § 876 Satz 2 BGB die Zustimmung der Realberechtigten an dem Grundstück erforderlich (BGB § 876 A 1 und hier A 4).

2. Da die **Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung** finden sollen, ist die Vereinbarung über die Erbbauzinspflicht nicht wie die Vereinbarungen nach § 2 VO als zum Inhalt des Erbbaurechts gehörig zu erachten, sondern gleichzustellen der Bestellung einer Reallastberechtigung an dem Erbbaurecht für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (§ 1105 BGB). Daraus folgt, daß der ursprüngliche Rang der Erbbauzinspflicht nach § 880 BGB geändert, z. B. einer Hypothek am Erbbaurecht der Vorrang eingeräumt werden kann (§ 10 VO; Begr aaO.). Im übrigen gelten für die Einzelzinsen die Vorschriften über Hypothekenzinsen (§ 1107). Rückstände verjähren daher in vier Jahren (§§ 197, 902 Abs 1 Satz 2) und erlöschen beim Heimfall (§ 2 Nr 4 VO) dinglich (§ 1178), während die ganze Erbbauzinspflicht bestehen bleibt (§ 889). Der Erbbauberechtigte haftet für die während der Dauer seines Rechts fällig werdenden Leistungen auch persönlich (§ 1108).

3. Die **Nichtanwendbarkeit der Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze** (Artt 113, 115, 120 EGBGB; § 1105 A 1 BGB) ergibt, daß auf die Erbbauzinspflicht stets lediglich die Vor-

schriften des BGB über die Reallasten Anwendung finden. Dadurch soll der Rechtszustand in den Ländern vereinheitlicht werden (Begr aaO.).

4. Da der **Anspruch auf noch nicht fällige Leistungen von dem Eigentum am Grundstück nicht getrennt werden kann,** unterliegt er als Bestandteil des Grundstücks (§ 96 BGB) der Haftung für die Hypotheken. Ferner kann er nicht wie die fälligen Leistungen (§§ 398, 1107, 1159, 1280 BGB) abgetreten, verpfändet, gepfändet werden. Im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks geht er auf den Ersteher über (§§ 20 Abs 2, 55 Abs 1, 90 Abs 2 ZVG).

5. Nach Abs 3 kann ein Heimfallrecht, das für den Fall des Verzugs mit der Leistung der einzelnen Erbbauzinsraten gemäß § 2 Nr 4 vereinbart worden ist (§ 2 A 7), nur geltend gemacht werden, wenn der Erbbauberechtigte mit dem Erbbauzinse **mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge,** gleichviel für welche Zeit, **im Rückstande** ist. Durch diese Bestimmung soll der Erbbauberechtigte gegen eine allzu strenge Handhabung der Heimfallklausel geschützt werden (Begr aaO.).

4. Rangstelle

§ 10

Das Erbbaurecht kann nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden; der Rang kann nicht geändert werden [1]. Rechte, die zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bleiben außer Betracht [2].

Durch landesrechtliche Verordnung können Bestimmungen getroffen werden, wonach bei der Bestellung des Erbbaurechts von dem Erfordernisse der ersten Rangstelle abgewichen werden kann, wenn dies für die vorhergehenden Berechtigten und den Bestand des Erbbaurechts unschädlich ist [3].

1. Zur Erhaltung des Bestandes des Erbbaurechts im Falle der Zwangsversteigerung des damit belasteten Grundstücks (§ 25 VO) und zur Förderung der Beleihbarkeit ist bestimmt, daß das **Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt und der Rang nicht geändert** (§ 880 BGB) **werden kann.** Ist das Grundstück mit Rechten belastet, so müssen die Berechtigten, wenn ein Erbbaurecht bestellt werden soll, diesem gemäß § 880 BGB den Vorrang einräumen. Dies gilt auch von einem eingetragenen Vorkaufsrecht, das nach § 1094 Abs 1 ein das Grundstück belastendes Recht im Sinne des § 879 ist, zu anderen das Grundstück belastenden Rechten in einem Rangverhältnis steht und daher dem Erbbaurecht im Range vorgehen würde. Daß das Vorkaufsrecht, auch wenn es den Vorrang vor dem Erbbaurecht behielte, den Bestand des Erbbaurechts unberührt lassen würde, ist unerheblich. Denn im allgemeinen erfordert die Annahme eines Rangverhältnisses nicht, daß das nachfolgende oder vorgehende Recht durch das andere Recht in seinem Bestande beeinträchtigt wird. Aus dem Vorbehalt für die Landesgesetzgebung im § 10 Abs 2 ergibt sich, daß dies auch im Sinne des § 10 Abs 1 liegt (JW 1926, 1016[3]). Hat das Grundbuchamt (versehentlich) das Erbbaurecht nicht zur ersten Rangstelle eingetragen, so ist die Eintragung gemäß § 54 Abs 1 Satz 2 GBO ihrem Inhalt nach unzulässig und von Amts wegen zu löschen (str.). Die in der früheren Auflage vertretene Ansicht, daß in diesem Falle nur nach § 54 Abs 1 Satz 1 GBO wegen der Unrichtigkeit des Ranges des Erbbaurechts ein Widerspruch zugunsten des Erbbauberechtigten von Amts wegen einzutragen sei, wird aufgegeben.

2. Die Bestimmung, daß die zur Erhaltung der Wirksamkeit **der Eintragung nicht bedürfenden Rechte** bei Feststellung der ersten Rangstelle des Erbbaurechts **außer Betracht bleiben,** ist getroffen, weil derartige Rechte leicht übersehen werden könnten (Begr. zu § 10 d. Entw. d. VO). Solche Rechte sind z. B. die Notweg- und Überbaurenten (§§ 914, 917 BGB), ferner Grunddienstbarkeiten, die vor Inkrafttreten des BGB bestellt worden sind (BGB § 892 A 3).

3. Bei dem **Vorbehalt der Abweichung von dem Erfordernisse der ersten Rangstelle durch landesrechtliche Verordnung** ist vornehmlich gedacht an die Verfügungsbeschränkungen bei gebundenem Grundbesitz (Lehns-, Familienfideikommiß- und Stammgütern) sowie an voreingetragene Rechte, die den Bestand des Erbbaurechts nicht gefährden (Begr aaO.). Preußen hat von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht durch die VO betr. die Rangstelle von Erbbaurechten v. 30. 4. 19 (GS 88). Danach bleiben für die Rangermittelung außer Betracht: Verfügungsbeschränkungen der im Art 15 Abs 1 AGGBO gedachten Art (Güter, an denen ein Obereigentum besteht, Erbpacht- und Familienfideikommißgüter) sowie die Verfügungsbeschränkung durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers und durch das Recht eines der Bestellung des Erbbaurechts zustimmenden Nacherben.

5. Anwendung des Grundstücksrechts

§ 11

Auf das Erbbaurecht finden die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 des Bürgerlichen Gesetzbuchs [1]) sowie die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung [2]), soweit sich nicht aus dieser Verordnung ein anderes ergibt [1]). Eine Übertragung des Erbbaurechts, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam [3]).

Auf einen Vertrag, durch den sich der Grundstückseigentümer verpflichtet, ein Erbbaurecht zu bestellen, findet der § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung [4]).

1. Die rechtlichen Folgen, die aus der Bestimmung, daß **auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 BGB entsprechende Anwendung finden,** für die Art und Weise der Entstehung (insbesondere Begründung durch Rechtsgeschäft), Übertragung, Änderung des Inhalts, Belastung und Beendigung (insbesondere Aufhebung durch Rechtsgeschäft) des Erbbaurechts sich ergeben, sind bereits in § 1 A 1 erörtert. Die entsprechende Anwendung umfaßt die Vorschriften des BGB über das Liegenschaftsrecht und das Recht der Schuldverhältnisse, soweit es sich auf Grundstücke bezieht, die Vorschriften der auf das Liegenschaftsrecht bezüglichen Nebengesetze, insbesondere der GBO, des ZVG, auch der ZPO (hinsichtlich der Zwangsvollstreckung vgl. §§ 864ff., 870 Abs 1, hinsichtlich des Arrests § 932), weiter aber auch die Ausführungsgesetze der Länder (früher Bundesstaaten) dazu und die im EGBGB aufrechterhaltenen, auf das Liegenschaftsrecht bezüglichen Landesgesetze. Streitig ist, ob diejenigen auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften, die in anderen Reichs- oder Landesgesetzen enthalten sind, auf das Erbbaurecht ohne weiteres Anwendung finden oder nur soweit dies in den einzelnen Gesetzen besonders bestimmt ist. Der zuerst genannten Ansicht ist beizutreten, weil die Anwendungsbestimmung nach ihrem Wortlaut eine ganz allgemeine ist und § 11 nicht (wie der frühere § 1017 BGB) im BGB enthalten ist (vgl. **RG** 108, 70). Da jedoch nur eine „entsprechende" Anwendung stattzufinden hat und diese nur, **soweit sich nicht aus der VO ein anderes ergibt,** gelten die genannten Vorschriften nur insoweit, als sie mit dem Begriff des Erbbaurechts vereinbar sind (**RG** 108, 71). Daher sind z. B. aus dem BGB nicht anwendbar: § 98 Nr 2 (Zubehör eines Landguts; an einem Landgut kann ein Erbbaurecht überhaupt nicht bestellt werden, da auf ihm errichtete Bauwerke gegenüber den Landflächen nicht die Hauptsache im Sinne des § 1 Abs 2 sind: § 1 A 10) und § 905, da der Erbbauberechtigte gemäß § 1 Abs 1 VO (früher § 1012 Abs 1 BGB) nur berechtigt ist, ein Bauwerk auf oder unter der Grundstücksoberfläche zu haben, sein Recht sich aber nicht über den Raum oberhalb und unterhalb erstreckt (str.; **RG** 72, 305). Ferner kann das Erbbaurecht selbst nicht gemäß §§ 1ff. VO (früher §§ 1012ff. BGB) mit einem Erbbaurecht belastet werden; denn das Erbbaurecht setzt begrifflich voraus, daß ein Grundstück ihm als Baugrund dient (str.; Mot. BGB 3 S. 469, 479; **RG** 61, 2). Dagegen sind z. B. aus dem BGB anwendbar: § 96 (mit dem Erbbaurecht kann als Bestandteil ein Grundstücksrecht verbunden sein, z. B. eine Grunddienstbarkeit, ein Vorkaufsrecht, eine Überbau- oder Notwegrente: **RG** 79, 118), §§ 97, 98 Nr 1 (Zubehör), §§ 99—103 (Früchte, Nutzungen, Lasten), § 232 (Sicherheitsleistung durch Hypothekbestellung), § 416 (Übernahme einer Hypothek), §§ 436, 439, 446, 449, 468, 477 (Pflichten aus einem Kaufvertrag über ein Grundstück), § 503 (Grundstückswiederkauf), §§ 505—510, 513, 514 (Vorkaufsrecht; dazu § 31 Abs 3 VO), §§ 537, 551, 556, 559—561, 565, 571ff. (Grundstücksmiete; dazu § 30 VO), § 648 (Sicherungshypothek beim Bauvertrag), § 753 (Gemeinschaftsteilung), §§ 836, 837 (Haftung des Erbbauberechtigten für den durch Einsturz seines Bauwerks entstandenen Schaden), § 867 (Aufsuchung einer Sache), §§ 873ff. (dingliche Verträge; § 1 A 1) und sonstige allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken, darunter § 890 (ein Erbbaurecht kann mit einem Grundstück vereinigt werden), §§ 903, 904, 906, 907 (Befugnisse des Eigentümers), § 908 (Einsturzgefahr), § 909 (Vertiefung des Bodens), §§ 912—918 (Überbau, Notweg), § 919 (Abmarkung; § 919 A 2, 4), § 946 (das Erbbaurecht erstreckt sich auf die mit dem Baugrund als wesentlicher Bestandteil verbundenen Sachen), §§ 1009, 1010 (das Erbbaurecht kann im Miteigentum mehrerer stehen), §§ 1018ff. (Grundstücksbelastungen, im einzelnen s. unten), §§ 1378, 1423, 1445 (Verfügung über Grundstücke nach ehelichem Güterrecht), § 1663 (vermietetes Grundstück des Kindes), § 1807 Abs 1 Nr 1, Abs 2 (Anlegung des Mündelvermögens; dazu §§ 18—20 VO), § 1821 (Verfügung über Grundstücke des Mündels). Wegen Anwendung der §§ 94, 95 s. § 12 Abs 2 VO. Insbesondere kann das Erbbaurecht mit Grunddienstbarkeiten (§§ 1018ff.), einem Nießbrauch (§§ 1030ff.), persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1090ff.), einem Vorkaufsrecht (§§ 1094ff.; RJA 16, 302), Reallasten

(§§ 1105ff.), Hypotheken, Grund- und Rentenschulden (§§ 1113ff.) belastet werden. Der Nießbraucher an einem Erbbaurecht ist, da hierauf die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, nach den Bestimmungen über den Nießbrauch an Sachen (§§ 1030ff.), nicht über den Nießbrauch an Rechten (§§ 1068ff.) zu behandeln; für die Bestellung und die Beendigung des Nießbrauchs greifen nicht die §§ 1069, 925, 1072, sondern die §§ 873, 875, 876, 889 Platz. Die das Erbbaurecht belastenden Rechte erstrecken sich auf das Bauwerk als wesentlichen Bestandteil des Erbbaurechts, gleichviel, ob es dem Erbbauberechtigten oder dem Eigentümer gehört (§ 12 Abs 1 VO). Anwendbar ist auch jetzt noch, wie früher, § 926, obwohl die Veräußerung des Erbbaurechts nicht mehr durch Auflassung (§ 925) erfolgt. Bei der Übertragung des Erbbaurechts geht also im Zweifel das dem Erbbauberechtigten gehörende Zubehör mit über. — Nicht anzuwenden war schon früher § 98 GBO (landesgesetzlich vorgeschriebene Vorlegung des Veräußerungsvertrags) im Hinblick auf § 20 GBO, der zwischen Auflassung einerseits und Bestellung und Übertragung des Erbbaurechts anderseits unterscheidet. Dies gilt jetzt um so mehr, als nun die Anwendung des § 925 BGB (Auflassung) ausgeschlossen ist. Über Zwangsvollstreckung in ein Erbbaurecht: VO § 24 A 1. Über die vorzunehmenden Eintragungen in das nach VO § 14 anzulegende Erbbaugrundbuch: VO § 14 A 1. Ein Erbbaurecht kann auch als Heimstätte nach dem Reichs-Heimstättengesetz v. 10. 5. 20 vergeben werden. Hierbei wird die Eigenschaft als Heimstätte in das Grundbuch eingetragen. Dann gilt der Eigentümer des Grundstücks, nicht der Erbbauberechtigte, als Ausgeber der Heimstätte (§ 26 Abs 1 Ges.). Deshalb ist seine Zustimmung erforderlich, wenn die Heimstätte geteilt, einzelne Grundstücke oder Grundstücksteile abveräußert oder zugeschrieben, die Heimstätte belastet werden soll (§§ 9, 10, 17 Ges.). Ihm steht, wenn das Erbbaurecht (die Heimstätte) vom Heimstätter veräußert wird, das Vorkaufsrecht zu (§ 11 Ges.). Solange das Erbbaurecht Heimstätte ist, finden die §§ 5—8 ErbbauVO (über Beschränkbarkeit der Veräußerungsbefugnis) keine Anwendung (§ 26 Abs 2 Ges.). Im übrigen vgl. § 26 Abs 3, 4, 5 Ges. über die Geltung der ErbbauVO oder des Gesetzes.

2. Die entsprechend anzuwendenden **Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum** sind die §§ 985ff., 1004 BGB auf Herausgabe und wegen Beeinträchtigung des Rechts des Erbbauberechtigten (RG 77, 218). Dieser kann also z. B. gegen denjenigen, der das Bauwerk, an dem von einem späteren Eigentümer das Erbbaurecht bestellt worden ist, auf Grund eines mit einem früheren Grundstückseigentümer geschlossenen kündbaren Vertrages besitzt, nach erfolgter Kündigung auf Räumung klagen (RG Warn 1928 Nr 142).

3. Während die Bestellung des Erbbaurechts unter aufschiebender Bedingung oder Zeitbestimmung zulässig ist (VO § 1 A 1), **schließt** § 11 Abs 1 Satz 2 entsprechend dem § 925 Abs 2 BGB **für die Übertragung** des Erbbaurechts die Setzung jeder **Bedingung** oder **Zeitbestimmung aus.** Jedoch ist es nicht unzulässig, daß der Erbbauberechtigte das Erbbaurecht an einen andern überträgt mit der Verpflichtung des Übernehmers zur Rückübertragung nach einer gewissen Zeit und daß er sich zur Sicherung seines Anspruchs auf Rückübertragung eine Vormerkung bestellen läßt (§ 925 A 14 BGB).

4. Schon früher war nach §§ 1015, 1017 BGB anzunehmen, daß für **den schuldrechtlichen** auf Bestellung oder Übertragung des Erbbaurechts gerichteten **Vertrag § 313 BGB Anwendung** zu finden habe, und zwar nicht nur § 313 Satz 1, wonach der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf, sondern auch § 313 Satz 2 über die Heilung des Formmangels durch Auflassung. Denn das Gesetz erforderte für die Bestellung und Übertragung des Erbbaurechts, wenn es sie auch nicht als Auflassung bezeichnete (vgl. § 20 GBO), doch dieselbe Form wie für die Auflassung. Jetzt bestimmt VO § 11 Abs 2 zur Beseitigung von Zweifeln ausdrücklich die entsprechende Anwendung des § 313 für den schuldrechtlichen Vertrag auf **Bestellung eines Erbbaurechts.** Da der ganze § 313 für anwendbar erklärt ist, gilt auch § 313 Satz 2 dahin, daß durch die Einigung über die Bestellung, obwohl diese keine Auflassung ist (VO § 1 A 1), der Mangel der Form des schuldrechtlichen Vertrags geheilt wird (Begr. zu § 11 d. Entw. d. VO). Dies gilt aber auch für den schuldrechtlichen Vertrag auf Übertragung des Erbbaurechts, da nach § 11 Abs. 1 Satz 1 auch das Recht der Schuldverhältnisse, soweit es sich auf Grundstücke bezieht, Anwendung findet (A 1), mithin auch hier § 313 Satz 1 u. 2 heranzuziehen ist (Begr aaO.).

6. Bauwerk Bestandteile

§ 12

Das auf Grund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk gilt als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts [1]). Das gleiche gilt für ein Bauwerk, das bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden ist [2]). Die Haftung des Bauwerkes für die Belastungen des Grundstücks erlischt mit der Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch [3]).

Die §§ 94 und 95 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung [4]); die Bestandteile des Erbbaurechts sind nicht zugleich Bestandteile des Grundstücks [1, 2]).

Erlischt das Erbbaurecht, so werden die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks [5]).

1. Schon nach früherem Recht wurde **das Bauwerk,** das der Erbbaurechtsnehmer **auf Grund des Erbbaurechts errichtet** hatte, gemäß § 95 Abs 1 Satz 2 BGB **nicht als Bestandteil des** bebauten **Grundstücks,** sondern als **wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts** angesehen (KGJ 39 B 87; RJA 14, 187). Die Verordnung bestimmt dies nun zur Ausschaltung von Zweifeln ausdrücklich. Daraus ergibt sich für das Eigentum, daß das Bauwerk nicht gemäß §§ 93, 94 Abs 1 Satz 1, 946 BGB dem Grundstückseigentümer, sondern dem Erbbauberechtigten gehört. Da das Erbbaurecht den Grundstücken gleichgestellt (§ 11 VO) und das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts im Sinne des § 93 BGB ist, folgt weiterhin, daß das Bauwerk für die Dauer des Erbbaurechts als unbewegliche Sache im Sinne des BGB (**RG** 59, 21), nicht als bewegliche Sache zu gelten hat (str.; RJA 14, 188). Das Bauwerk unterliegt daher dem Liegenschaftsrecht. Es kann nicht gesondert von dem Erbbaurecht Gegenstand der Verfügung (Veräußerung, Verpfändung, Pfändung) sein (str.). Wird über das Erbbaurecht verfügt, so wird auch das Bauwerk von der Verfügung betroffen. Im Falle der Veräußerung des Erbbaurechts, sei es durch Rechtsgeschäft, sei es im Wege der Zwangsvollstreckung, geht also das Bauwerk mit dem Erbbaurecht in das Eigentum des Erwerbers über. Welche Rechtsfolgen sich für das Bauwerk beim Erlöschen oder Heimfall des Erbbaurechts ergeben, darüber A 5. Alles dies gilt aber nur dann, wenn das Bauwerk „auf Grund des Erbbaurechts" errichtet worden ist. Hat der Erbbaurechtsnehmer über den ihm durch den Erbbauvertrag zum Bau bestimmten Teil des Grundstücks hinaus gebaut, so wird der über die Grenze des Grundstücksteils hinausreichende Teil des Bauwerks wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (BGB § 94 A 3) und damit (§ 946 BGB) Eigentum des Grundstückseigentümers. Jedoch werden die Vorschriften über den Überbau (§§ 912 ff. BGB) entsprechend anzuwenden sein (BGB § 912 A 2). Wenn der Erbbaurechtsnehmer ohne Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit die Grenze überschritten hat, wird mithin der hinüberreichende Teil als Bestandteil des ganzen Bauwerks, somit ebenfalls als Bestandteil des Erbbaurechts und daher als Eigentum des Erbbauberechtigten zu erachten sein. Hat der Erbbaurechtsnehmer anders gebaut, als im Erbbauvertrage vorgesehen war, z. B. ein Stockwerk höher, so wird er zwar Eigentümer des ganzen einheitlichen Bauwerks, doch kann der Grundstückseigentümer, wenn das Bauwerk in dieser Gestaltung dem Zweck des Erbbauvertrags zuwider ist, verlangen, daß das Bauwerk dem Zweck entsprechend geändert wird. Ohne Einfluß auf die Bestandteilseigenschaft und die Eigentumserlangung ist es, wenn bereits vor Abschluß des Erbbauvertrags mit dem Bau begonnen war. Denn durch den Vertrag muß das vorher Hergestellte als in das Erbbaurecht miteinbezogen gelten (str.).

2. War ausnahmsweise **das Bauwerk bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden,** so **hört** es zwar **auf, Bestandteil des Grundstücks zu sein,** und wird für die Dauer des Erbbaurechts **ebenfalls wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts.** Es bleibt aber (§§ 93, 94 Abs 1 BGB) Eigentum des Grundstückseigentümers (str.). Das Eigentum des Grundstückseigentümers ist nur für die Dauer des Erbbaurechts hinsichtlich der Belastungen (A 3) und der Veräußerung des Bauwerks zusammen mit dem Erbbaurecht (A 1) beschränkt; das Recht des Erbbauberechtigten ist aber nicht Sacheigentum, das wegen der Bestandteilseigenschaft die Bauwerkssache in sich schlösse. Fügt der Erbbauberechtigte Sachen in ein Bauwerk ein, das ein Gebäude ist, so werden sie nicht als Bestandteile des Gebäudes und somit des Grundstücks nach §§ 93, 94, 946 BGB Eigentum des Grundstückseigentümers, sondern sie sind nur zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt und deshalb nach § 95 Abs 2 Sondereigentum des Erbbauberechtigten (str.).

3. Die Rechtsfolge der Eintragung des Erbbaurechts in das Grundbuch ist, daß die **Haftung des Bauwerks für die Belastungen des Grundstücks erlischt.** Das Grundstück haftet mithin nur noch allein, ohne das Bauwerk, für diese Belastungen. Diese Rechtsfolge tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es einer Zustimmung der Realberechtigten bedarf. Ein gewisser Schutz gegen Beeinträchtigung ist den Realberechtigten dadurch gewährt, daß nach § 10 Abs 1 Satz 1 das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden kann. Sie müssen daher zur Bestellung des Erbbaurechts diesem Recht zunächst den Vorrang einräumen (§ 10 A 1). Die späteren Belastungen des Erbbaurechts (über ihre zulässigen Arten § 11 A 1) ergreifen auch das Bauwerk als wesentlichen Bestandteil, gleichviel ob es dem Erbbauberechtigten (A 1) oder dem Grundstückseigentümer (A 2) gehört.

4. Die **entsprechende Anwendung der §§ 94, 95 BGB auf das Erbbaurecht** kommt hauptsächlich in Betracht, wenn sich das Erbbaurecht gemäß § 1 Abs 2 auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt. Nach § 94 Abs 1 werden mit dem Boden zusammenhängende Erzeugnisse eines solchen Grundstücksteils (z. B. eines Gartens) und überhaupt des mit dem Erbbaurecht belasteten Grund und Bodens, Samen mit dem Aussäen, Pflanzen mit dem

Einpflanzen wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts und somit (§ 93 BGB) von den Belastungen des Erbbaurechts ergriffen und Eigentum des Erbbauberechtigten. Dagegen gehören nach § 95 ein Gebäude oder ein anderes Werk, das in Ausübung eines Rechts an dem Erbbaurecht (z. B. einer Dienstbarkeit, eines Nießbrauchs an dem Erbbaurecht: BGB § 95 A 5) mit dem Erbbaugrund verbunden ist, sowie Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck (BGB § 95 A 2) mit dem Erbbaugrund verbunden oder in das Erbbaugebäude eingefügt worden sind, nicht zu den Bestandteilen des Erbbaurechts. Sie bleiben daher im Eigentum des bisherigen Berechtigten und werden von den Belastungen des Erbbaurechts nicht umfaßt (Begr. zu § 12 des Entw. d. VO).

5. Da **mit dem Erlöschen des Erbbaurechts dessen Bestandteile** zu **Bestandteilen des Grundstücks** werden, erlangt (§§ 93, 946 BGB) der Grundstückseigentümer insbesondere das Bauwerk, auch wenn es ihm nicht schon gehörte (A 1, 2), zum freien, durch die erlöschenden Belastungen des Erbbaurechts nicht mehr beschränkten Eigentum. Streitig ist, ob unter Erlöschen nur das Erlöschen durch Zeitablauf (§ 27) oder auch das durch Aufhebung (§ 26) zu verstehen ist. Letzteres ist anzunehmen, da durch den allgemeinen Ausdruck „erlischt" alle Erlöschungsgründe umfaßt werden. Nach § 34 ist der Erbbauberechtigte nicht berechtigt, das Bauwerk wegzunehmen oder sich Bestandteile des Bauwerks anzueignen. Im Falle des Erlöschens durch Zeitablauf hat der Erbbauberechtigte aber einen Anspruch auf Entschädigung, die den bisherigen hypothekarischen oder Reallastgläubigern haftet (§§ 27, 28, 29). Beim Heimfall (§ 2 Nr 4) bleibt das Bauwerk Bestandteil des auf den Grundstückseigentümer übergehenden Erbbaurechts; nach § 33 bleiben auch die Rechte der Realgläubiger bestehen. Durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks wird das Bestehen des Erbbaurechts mit seinen Bestandteilen nicht berührt (§ 25).

§ 13

Das Erbbaurecht erlischt [1]) nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht [2]).

1. Das **Erbbaurecht** kann aber aus den in § 1 A 1 („Beendigung") aufgeführten Gründen (Aufhebung, Zeitablauf, Verjährung; nicht mehr, wie früher, durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder durch Aufgebot) **erlöschen.**

2. Die mit dem früheren § 1016 BGB übereinstimmende Vorschrift des **Nichterlöschens durch Untergang des Bauwerks** kann aber von den Beteiligten geändert werden (OLG 18, 144; Begr. zu § 13 d. Entw. d. VO). Zulässig ist daher z. B. die Vereinbarung, daß das Erbbaurecht beim Untergang des Bauwerks, spätestens bis zum Ablauf einer bestimmten Zeit erlöschen soll. Es handelt sich dabei nicht um die Festsetzung einer auflösenden Bedingung, die nach § 1 Abs 4 nicht zulässig wäre, sondern um die zulässige (§ 1 A 1) Bestimmung eines Endtermins (str.). Die früheren Bestandteile des untergegangenen Bauwerks (Baumittelstücke) gehören demjenigen, welcher Eigentümer des Bauwerks war (§§ 955, 953, 95 Abs 1 Satz 2 BGB). Dies kann der Erbbauberechtigte oder der Grundstückseigentümer sein (§ 12 A 1, 2). Doch unterliegen auch im letzteren Falle die früheren Bestandteile dem bestehenbleibenden Erbbaurecht weiter. Der Erbbauberechtigte kann sie auch zum Aufbau eines neuen Bauwerks verwenden. Veräußern darf er sie aber nicht. Ist in dem Erbbauvertrage über die Pflicht zur Wiederherstellung nichts bestimmt (§ 2 Nr 1), so liegt eine solche Pflicht weder dem Grundstückseigentümer noch dem Erbbauberechtigten ob. Dieser ist aber zur Wiederherstellung befugt, auch wenn das Bauwerk ihm nicht gehört hat. Denn das Erbbaurecht bleibt ja bestehen (M. BGB 3, 473).

II. Grundbuchvorschriften

§ 14

Für das Erbbaurecht wird bei der Eintragung in das Grundbuch von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt (Erbbaugrundbuch) angelegt. Im Erbbaugrundbuch soll auch der Eigentümer und jeder spätere Erwerber des Grundstücks vermerkt werden [1]). Zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden [1a]).

Bei der Eintragung im Grundbuch des Grundstücks ist zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen [2]).

Das Erbbaugrundbuch ist für das Erbbaurecht das Grundbuch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs [3]). Die Eintragung eines neuen Erbbauberechtigten ist unverzüglich auf dem Blatte des Grundstücks zu vermerken.

1. Nach dem früheren, durch § 35 VO aufgehobenen § 7 GBO war ein besonderes Grundbuchblatt für das auf dem Blatt eines Grundstücks eingetragene Erbbaurecht nur auf Antrag anzulegen, von Amts wegen nur im Falle der Veräußerung oder Belastung des Rechts. Jetzt muß **für das Erbbaurecht bei der Eintragung in das Grundbuch** stets **von Amts wegen** zugleich **ein besonderes Grundbuchblatt** (Erbbaugrundbuch genannt) **angelegt** werden. Nach der Ordnungsvorschrift des Satzes 2 soll in diesem Grundbuch **auch der Eigentümer und jeder spätere Erwerber des Grundstücks vermerkt** werden. Über die Einrichtung und die Art und Stellen der Eintragungen schreibt für Preußen die JMVf über die Eintragung von Erbbaurechten v. 25. 3. 19 (JMBl 138) u. a. folgendes vor: Unter Verwendung des gewöhnlichen Formulars für Grundstücke erhält das besondere Grundbuchblatt die nächste fortlaufende Nummer des Grundbuchs, in welchem das belastete Grundstück verzeichnet ist, mit der Aufschrift „Erbbaugrundbuch". Im Bestandsverzeichnis I (Verzeichnis der Grundstücke) ist der Inhalt des Erbbaurechts nebst späteren Änderungen sowie der Eigentümer des belasteten Grundstücks nebst den späteren Erwerbern zu vermerken. In die erste Abteilung sind der erste Erbbauberechtigte und dessen Nachfolger, in die zweite die Lasten, z. B. Reallasten, auch ein etwaiger Erbbauzins (§ 9 VO), in die dritte Abteilung die hypothekarischen Rechte einzutragen. — Soll ein Erbbaurecht an einem nach § 90 GBO dem Grundbuchzwang nicht unterliegenden Grundstück bestellt werden, so muß zunächst ein Grundbuchblatt für das Grundstück angelegt werden, damit darauf die Bestellung eingetragen werden kann (KGJ 26 A 115).

1a. Dieser Satz ist neu eingefügt worden durch § 35 des Gesetzes über die Bereinigung der Grundbücher vom 18. 7. 1930 (RGBl I 309). Dort ist zugleich bestimmt, daß die neu eingefügte Vorschrift auch für Eintragungen gilt, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bewirkt sind. Die gesetzliche Regelung beseitigt die bis dahin bestehende Streitfrage, ob § 874 BGB bei der Eintragung des Erbbaurechts entsprechend anwendbar sei. Nunmehr bestehen keine Bedenken, die zu § 874 BGB entwickelten Grundsätze anzuwenden.

2. Bei der Eintragung des Erbbaurechts **im Grundbuch des Grundstücks,** die nach § 873 BGB zur Entstehung des Erbbaurechts notwendig ist (Begr zu § 14), ist (in Preußen in der zweiten Abteilung: § 1 der in A 1 erwähnten Verfügung) zu vermerken, daß für den Erbbauberechtigten ein Erbbaurecht bestellt ist. Dabei **ist zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen.** Diese Vorschrift des Abs 2 ist aber nur als Ordnungsvorschrift anzusehen. Durch die Unterlassung der Bezugnahme wird also die Entstehung des Rechts nicht gehindert, sein Bestand nicht berührt (JFG 2, 307). Ist das Erbbaurecht aufschiebend bedingt oder befristet, so muß die Bedingung oder die Zeit, für welche das Recht bestellt ist, im Grundbuch des Grundstücks eingetragen werden, wenn die Bedingung oder Befristung gelten soll (§ 1 der Vf.). Bei der Eintragung von späteren Änderungen des Inhalts des Erbbaurechts ist zur näheren Bezeichnung der Änderungen stets wiederum auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen, während eine Abänderung der Zeitdauer ohne Bezugnahme einzutragen ist (§ 1 der Vf.). Über Löschung des Erbbaurechts vgl. § 16.

3. Da das **Erbbaugrundbuch für das Erbbaurecht das Grundbuch** im Sinne des BGB ist, steht es unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach §§ 891, 892 BGB. Alle Inhaltsänderungen und Rechtsänderungen (Übertragungen, Belastungen, Verfügungsbeschränkungen) müssen darauf eingetragen werden. Besteht ein Widerspruch mit dem Blatt des Grundstücks, so geht dieses hinsichtlich des Bestandes und der Dauer des Rechts, im übrigen (Inhalt des Rechts und alle Rechtsänderungen mit Ausnahme der Löschung) das Erbbaugrundbuch vor (vgl. Begr). Die Rechtsvermutung nach § 891 und der Schutz des rechtsgeschäftlichen Erwerbes nach §§ 892 ff. richten sich also in Ansehung des Bestandes und der Dauer des Erbbaurechts nach dem Inhalt des Grundbuchs des Grundstücks, im übrigen nach dem Inhalt des Erbbaugrundbuchs (JFG 2, 307).

§ 15

In den Fällen des § 5 darf der Rechtsübergang und die Belastung erst eingetragen werden, wenn dem Grundbuchamte die Zustimmung des Grundstückseigentümers nachgewiesen ist [1]).

1. Der Nachweis ist dem Grundbuchamt, dem die Prüfungspflicht in dieser Hinsicht obliegt, durch eine in der Form des § 29 GBO abgegebene Erklärung des Grundstückseigentümers zu führen, daß er die beabsichtigte Veräußerung (§ 5 Abs 1) oder Belastung (§ 5 Abs 2) des Erbbaurechts bewillige (§ 183 BGB) oder genehmige (§ 184 BGB). Ist die Zustimmung durch Beschluß des Amtsgerichts gemäß § 7 Abs 3 ersetzt, so ist der Beschluß vorzulegen. § 15 gilt nicht nur für die Eintragung rechtsgeschäftlicher Verfügungen, sondern gemäß § 8 auch für die Eintragung von Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen (JW 1933, 704[3]).

§ 16

Bei der Löschung des Erbbaurechts wird das Erbbaugrundbuch vom Amts wegen geschlossen [1]).

1. Über die Gründe der Beendigung des Erbbaurechts vgl. § 1 A 1. In Betracht kommen hier die Aufhebung durch Rechtsgeschäft (§ 26) und das Erlöschen durch Zeitablauf (§ 27). In jenem Falle ist die Löschung im Grundbuch zum Erlöschen des Erbbaurechts notwendig (§ 1 A 1; § 875 BGB); in diesem Falle stellt sie sich als Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des außerhalb des Grundbuchs erloschenen Erbbaurechts dar (§ 22 Abs 1 GBO). Die Löschung hat im Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zu erfolgen (in Preußen in der zweiten Abteilung: § 7 der in § 14 A 1 genannten Verfügung). Jedoch ist sie auch im Erbbaugrundbuch zu vermerken (in Preußen im Bestandsverzeichnis I: § 7 der Vf). Nach der Ordnungsvorschrift des § 16 ist sodann das Erbbaugrundbuch zu schließen. In Preußen erfolgt die Schließung nach § 19 der Vf zur Ausführung der GBO v. 20. 11. 99 (JMBl 349) in der Fassung der Vf v. 31. 3. 19 (JMBl 207) u. v. 15. 4. 21 (JMBl 260). Über Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Erbbauberechtigten: § 22 Abs 2 GBO. Über Eintragung eines Erneuerungsvorrechts im Falle der Löschung des Erbbaurechts: § 31 Abs 4 VO.

§ 17

Jede Eintragung in das Erbbaugrundbuch soll auch dem Grundstückseigentümer, die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen des Erbbauberechtigten den im Erbbaugrundbuch eingetragenen dinglich Berechtigten bekanntgemacht werden.

Dem Erbbauberechtigten soll die Eintragung eines Grundstückseigentümers, die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen des Grundstückseigentümers sowie die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung des Eigentümers in das Grundbuch des Grundstücks bekanntgemacht werden.

Auf die Bekanntmachung kann verzichtet werden [1]).

1. § 17 gibt entsprechend dem § 55 GBO Ordnungsvorschriften über die Bekanntmachung der darin bezeichneten Eintragungen an Interessenten und über den Verzicht darauf.

III. Beleihung [1])

1. Mündelhypothek [2])

§ 18

Eine Hypothek [3]) an einem Erbbaurecht auf einem inländischen Grundstück [4]) ist für die Anlegung von Mündelgeld als sicher anzusehen [5]), wenn sie eine Tilgungshypothek ist und den Erfordernissen der §§ 19, 20 entspricht [3]).

1. Der Abschnitt III verhält sich nur über Hypotheken. Andere zulässige Belastungen des Erbbaurechts (§ 11 A 1), insbesondere die Beleihung mit Grundschulden oder Rentenschulden (A 4), betrifft der Abschnitt nicht. Er gibt also Sonderbestimmungen für die **Beleihung mit einer Hypothek.** Über Stellung eines Erbbaurechts unter Heimstättenrecht nach dem RHeimstG. v. 10. 5. 20 vgl. JFG 4, 384 (OLG 45, 216).

2. Die durch die Überschrift **„Mündelhypothek"** zusammengefaßten §§ 18—20 bestimmen die Voraussetzungen, unter denen eine Hypothek an einem Erbbaurecht als mündelsicher gilt. Der unter der Überschrift „Sicherheitsgrenze für sonstige Beleihungen" folgende § 21 erklärt es für zulässig, daß die Hypothekenbanken und die privaten Versicherungsunternehmungen unter Einhaltung der für sie bestehenden Vorschriften über Beleihung von Grundstücken auch Erbbaurechte mit Hypotheken beleihen, wenn die in den §§ 19, 20 aufgestellten Erfordernisse für eine mündelsichere Hypothek an einem Erbbaurecht vorliegen. Der unter der Überschrift „landesrechtliche Vorschriften" den Abschnitt schließende § 22 behält der Landesgesetzgebung vor, abweichende Bestimmungen hinsichtlich der Mündelsicherheit oder der Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen hierfür zu erlassen.

3. Die Hypothek kann eine Verkehrshypothek (§§ 1113ff.) oder eine Sicherungshypothek (§§ 1184ff. BGB) sein. Sie muß aber eine **Tilgungshypothek** (Amortisationshypothek, Annuitätenhypothek) sein, d. h. eine Hypothek regelmäßig mit dem Inhalt, daß bis zur vollständigen

Tilgung des Kapitals gleichbleibende Jahresleistungen zu entrichten sind, welche Zinsen und Tilgungsraten enthalten. Nach § 20 Nr 1 muß hier die planmäßige Tilgung unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen (§ 20 A 1). Ferner muß die Hypothek den übrigen **Erfordernissen der §§ 19, 20** entsprechen. Diese Form der Tilgungshypothek ist erfordert, weil das Erbbaurecht in der Regel ein zeitlich begrenztes Recht ist und infolge der Abnutzung des Bauwerks in seinem Werte abnimmt, je mehr es sich seinem Ende nähert, so daß der Hypothekengläubiger von vornherein auf rechtzeitige Rückzahlung des gewährten Darlehns bedacht sein muß (Begr zu § 18).

4. Nach § 1807 Abs 1 Nr 1 BGB soll die Anlegung von Mündelgeldern nur erfolgen in Forderungen, für die eine sichere Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld an einem inländischen Grundstück besteht. Bisher war streitig, ob das hier nicht ausdrücklich genannte Erbbaurecht auf Grund des früheren § 1017 Abs 1 BGB auch für die Vorschrift des § 1807 Abs 1 Nr 1 als Grundstück zu gelten hatte. § 18 VO stellt nun das **Erbbaurecht auf einem inländischen Grundstück** dem inländischen Grundstück gleich, aber nur hinsichtlich der Mündelsicherheit einer Hypothek, nicht auch einer Grundschuld (str.) oder Rentenschuld.

5. Die Vorschrift, daß die Hypothek **für die Anlegung von Mündelgeld als sicher anzusehen** ist, gilt nicht nur für den Fall, daß aus dem Vermögen eines Mündels Gelder in Hypotheken angelegt werden (sog. echte Mündelhypotheken: § 1807 Abs 1 Nr 1 BGB), sondern auch für alle anderen Fälle, in denen die Mündelsicherheit der Hypothek bei einer Vermögensanlage erfordert wird, so z. B. nach BGB für die Fälle der §§ 238 Abs 1 (Sicherheitsleistung), 1079, 1083 (Nießbrauch), 1288 Abs 1 Satz 1 (Pfandrecht), 1377 Abs 1, 1525 Abs 2 (eheliches Güterrecht), 1642 (Kindesvermögen), 2119 (Nacherbschaft), ferner für diejenigen Körperschaften und Kreditanstalten, für welche die Vorschriften über die Anlegung von Mündelgeldern maßgebend sind (vgl. § 26 RVO, § 220 AngVersGes). Über die Hypothekenbanken und privaten Versicherungsunternehmungen s. A 2 und § 21. Für den Vormund wird sich eine Tilgungshypothek der hier fraglichen Art in der Regel zur Anlegung von Vermögen seines Mündels als ungeeignet ergeben, weil er neben der Sicherheit auch darauf Bedacht zu nehmen hat, daß sein Mündel möglichst bald nach Aufhören der Vormundschaft über das Kapital verfügen kann (Begr zu § 18).

§ 19

Die Hypothek darf die Hälfte des Wertes des Erbbaurechts nicht übersteigen. Dieser ist anzunehmen gleich der halben Summe des Bauwerts und des kapitalisierten, durch sorgfältige Ermittlung festgestellten jährlichen Mietreinertrags, den das Bauwerk nebst den Bestandteilen des Erbbaurechts unter Berücksichtigung seiner Beschaffenheit bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig gewähren kann. Der angenommene Wert darf jedoch den kapitalisierten Mietreinertrag nicht übersteigen [1]).

Ein der Hypothek im Range vorgehender Erbbauzins ist zu kapitalisieren und von ihr in Abzug zu bringen [2]).

1. Der einer Beleihung zugrunde zu legende **Wert des Erbbaurechts,** dessen **Hälfte die Hypothek,** wenn sie mündelsicher sein soll, **nicht übersteigen darf,** ist aus doppeltem Grunde gleich dem **arithmetischen Mittel aus Bauwert und kapitalisiertem Mietreinertrag** bestimmt worden. Einerseits soll vermieden werden, daß Erbbaurechte mit hohem Ertrags-, aber geringem baulichen Wert hoch beliehen und bei einer unvorhergesehenen Minderung des jährlichen Reinertrags Hypothekengläubiger gefährdet werden. Anderseits kann nur der jährliche Reinertrag, den die auf Grund des Erbbaurechts errichteten **Baulichkeiten mit den übrigen Anlagen bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig** (dauernd) **gewähren können,** eine sichere Grundlage für die Wertbemessung bilden; deshalb soll der angenommene **Wert den kapitalisierten Mietreinertrag nicht übersteigen** dürfen (Begr zu § 19). Für die Berechnung des Mietreinertrags ist in Anbetracht der Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse davon abgesehen worden, diejenigen Beträge, welche für Abgaben, Verwaltung, Instandsetzung, Abschreibung und Rücklagen von den Bruttomietzinsen in Abzug zu bringen sind, ein für allemal festzulegen. Die Feststellung des für diese Abzüge angemessenen Prozentsatzes ist der **sorgfältigen Ermittlung** im Einzelfalle überlassen. Auch von der Einführung eines ein für allemal festbestimmten Kapitalisierungsfaktors ist Abstand genommen worden, um die Möglichkeit einer Anpassung an den wechselnden allgemeinen Zinsfuß zu gewährleisten (Begr zu § 19).

2. Von der Hypothek ist der im Range vorgehende kapitalisierte Erbbauzins in Abzug zu bringen. Das ist dahin zu verstehen, daß nur ein solcher Hypothekenbetrag als mündelsicher gilt, der bei der Zusammenrechnung mit dem kapitalisierten (A 1) Erbbauzins (§ 9 A 1) nicht die Hälfte des Wertes des Erbbaurechts übersteigt (JFG 3, 328). Über Zulässigkeit der Einräumung des Vorranges der Hypothek vor dem Erbbauzins vgl. § 9 A 2. Auch wenn aber der Erbbauzins den

ersten Rang behält, ist keine Gefährdung der Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren zu besorgen. Denn der Erbbauzins kann bei der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts nicht zum vollen Kapitalbetrage (wie z. B. eine Rentenschuld) fällig werden. Der Ersteher, also auch der seine Hypothek ausbietende Gläubiger, braucht also nur mit der Bezahlung der bereits fälligen oder jeweils fällig werdenden Erbbauzinsraten zu rechnen (Begr zu § 19).

§ 20

Die planmäßige Tilgung der Hypothek muß

1. **unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen [1]),**
2. **spätestens mit dem Anfang des vierten auf die Gewährung des Hypothekenkapitals folgenden Kalenderjahrs beginnen [2]),**
3. **spätestens zehn Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts endigen [3]) und darf**
4. **nicht länger dauern, als zur buchmäßigen Abschreibung des Bauwerkes nach wirtschaftlichen Grundsätzen erforderlich ist [4]).**

Das Erbbaurecht muß mindestens noch so lange laufen, daß eine den Vorschriften des Abs 1 entsprechende Tilgung der Hypothek für jeden Erbbauberechtigten oder seine Rechtsnachfolger aus den Erträgen des Erbbaurechts möglich ist [5]).

1. Die **planmäßige Tilgung muß unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen.** Der Tilgungsplan muß also so gestaltet sein, daß von den Zinsen, die trotz der allmählichen teilweisen Tilgung des Hypothekenkapitals von dem vollen Hypothekenkapital weiter zu entrichten sind, diejenigen Teilbeträge, die die Zinsen für das jeweilige Restkapital übersteigen, den Tilgungsraten hinzuzurechnen sind und somit ebenfalls zur Kapitaltilgung beitragen.

2. Die Bestimmung des **spätesten Termins für den Beginn der Tilgung von dem Anfang des vierten Kalenderjahrs** ab, das **auf die Gewährung des Hypothekenkapitals** (nicht die Bestellung der Hypothek) **folgt,** ist aus einer doppelten Erwägung heraus getroffen. Einerseits berücksichtigt sie die weit verbreitete Gepflogenheit, den Beginn der ordnungsmäßigen Tilgung hinauszuschieben, eine Maßnahme, die bei Pfandbriefdarlehn sogar notwendig ist, da die entstehenden Kursverluste durch ein sog. Zusatzdarlehn gedeckt und vorzugsweise getilgt zu werden pflegen. Anderseits sorgt sie dafür, daß die rechtliche Sicherheit der Hypothek nicht unberücksichtigt bleibt (Begr zu § 20).

3. Der in den Tilgungsplan nicht einbezogene **Zeitraum der Restdauer des Erbbaurechts** (die sog. Freijahre) soll durch seine Festsetzung auf **mindestens zehn Jahre** so reichlich bemessen sein, daß die Tilgung nach menschlicher Voraussicht noch vor Ablauf des Erbbaurechts erfolgen kann, selbst wenn der Erbbauberechtigte mit einigen Tilgungsbeträgen im Rückstande bleibt und der Gläubiger von einer Zwangsversteigerung des Erbbaurechts zur Beitreibung der Tilgungsrückstände absieht (Begr zu § 20).

4. Die Bestimmung, daß die Tilgung **nicht länger dauern darf, als zur buchmäßigen** (vollständigen) **Abschreibung des Bauwerks nach wirtschaftlichen Grundsätzen,** gewöhnlich also nach fortlaufenden Abzügen von Abnutzungsprozenten von dem Werte des Bauwerks, **erforderlich ist,** hat ihren Grund darin, daß die Höhe der Tilgung mit dem baulichen Zustande des auf dem Erbbaugelände errichteten Bauwerks in Einklang gebracht und darauf gehalten werden soll, daß nicht ein den Hypothekengläubiger gefährdender Verfall des Bauwerks eintreten kann (Begr zu § 20).

5. Die Vorschrift des Abs 2 dient dem Interesse des das Hypothekendarlehn aufnehmenden Erbbauberechtigten und seiner Rechtsnachfolger. Die **Dauer des Erbbaurechts** soll **mindestens noch so lange** ausstehen, daß es ihnen in jedem Falle möglich ist, das Hypothekenkapital gemäß den Vorschriften des Abs 1 **aus den Erträgen des Erbbaurechts** vollständig **zu tilgen.**

2. Sicherheitsgrenze für sonstige Beleihungen

§ 21

Erbbaurechte können nach Maßgabe der §§ 11, 12 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899 (Reichs-Gesetzbl. S. 375) von Hypothekenbanken und nach Maßgabe des § 60 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 (Reichs-Gesetzbl. S. 139) von privaten Versicherungsunternehmungen beliehen werden, wenn

1. der Wert des Erbbaurechts auch nach § 19 Abs 1 ermittelt ist,
2. eine dem § 20 Abs 1 entsprechende Tilgung vereinbart wird und
3. die Dauer des Erbbaurechts den Voraussetzungen des § 20 Abs 2 entspricht.

Auf einen der Hypothek im Range vorgehenden Erbbauzins ist die Vorschrift des § 19 Abs 2 entsprechend anzuwenden [1]).

1. Früher war streitig, ob Hypothekenbanken nach Maßgabe der §§ 11, 12 des Ges. v. 13. 7. 99 und private Versicherungsunternehmungen nach Maßgabe des Ges. v. 12. 5. 01 auch Erbbaurechte hypothekarisch beleihen durften. Jetzt bestimmt § 21 VO die Zulässigkeit solcher Beleihungen von Erbbaurechten mit Hypotheken in der Weise, daß außer den für diese Anstalten nach den genannten Vorschriften bereits geltenden gesetzlichen Grundsätzen die in § 19 Abs 1, 2, § 20 Abs 1, 2 VO für mündelsichere Hypotheken an Erbbaurechten aufgestellten Erfordernisse mit Rücksicht auf die besonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse des Erbbaurechts Anwendung finden. Daraus ergibt sich insbesondere für die Ermittlung des Wertes des zu beleihenden Erbbaurechts, daß neben den in jenen Gesetzesvorschriften gegebenen Bestimmungen, wonach der bei der Beleihung angenommene Wert des Grundstücks, hier also des Erbbaurechts, den durch sorgfältige Ermittlung festgelegten Verkaufswert nicht übersteigen darf, auch die Wertermittlungsvorschriften des § 19 VO für die Beleihung durch die Anstalten maßgebend sind. Die Beleihung eines Erbbaurechts durch diese Anstalten in der nach § 19 VO ermittelten Höhe ist unstatthaft, wenn der Verkaufswert des Erbbaurechts aus besonderen Gründen niedriger anzunehmen ist, etwa weil gleichartige Erbbaurechte dauernd zu niedrigerem Preise verkauft worden sind (Begr zu § 21).

3. Landesrechtliche Vorschriften

§ 22

Die Landesgesetzgebung kann für die innerhalb ihres Geltungsbereichs belegenen Grundstücke
1. die Mündelsicherheit der Erbbaurechtshypotheken abweichend von den Vorschriften der §§ 18 bis 20 regeln,
2. bestimmen, in welcher Weise festzustellen ist, ob die Voraussetzungen für die Mündelsicherheit (§§ 19, 20) vorliegen [1]).

1. Der Vorbehalt unter Nr 1 soll wegen der Verschiedenheit der in den einzelnen Landesgesetzen gegebenen Sicherheitsgrenzen für mündelsichere Hypotheken der Landesgesetzgebung eine abweichende Regelung der Mündelsicherheit von Erbbaurechtshypotheken ermöglichen. Durch den Vorbehalt unter Nr 2 soll mit Rücksicht darauf, daß reichsgesetzliche Vorschriften über das Verfahren zur Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen der Mündelsicherheit bisher nicht bestehen, die Regelung dieses Verfahrens der Landesgesetzgebung überlassen werden (Begr zu § 22). In Preußen wird daher z. B. das Schätzungsamtsgesetz v. 8. 6. 18, sobald es in Kraft getreten sein wird (§ 27), bei der Schätzung des Werts eines Erbbaurechts für die Beleihung Anwendung zu finden haben.

IV. Feuerversicherung Zwangsversteigerung

1. Feuerversicherung

§ 23

Ist das Bauwerk gegen Feuer versichert, so hat der Versicherer den Grundstückseigentümer unverzüglich zu benachrichtigen, wenn ihm der Eintritt des Versicherungsfalls angezeigt wird [1]).

1. Die Bestimmung, daß im Falle der **Versicherung des Bauwerks gegen Feuer** (§§ 81 bis 107 des VersVG v. 30. 5. 08) **nach Anzeige des Eintritts des Versicherungsfalls** (§ 92 des Ges.) durch den Versicherungsnehmer (Erbbauberechtigten) **der Versicherer** (die Versicherungsgesellschaft) **den Grundstückseigentümer unverzüglich** (§ 121 BGB) **zu benachrichtigen** hat, ist zum Schutz des Grundstückseigentümers getroffen. Sie soll verhüten, daß die Versicherungssummen

ohne sein Wissen an die Gläubiger der Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden auf dem Erbbaurecht (vgl. über die Erstreckung der Hypotheken usw. auf die Forderung gegen den Versicherer §§ 1127, 1128, 1130, 1192, 1200 BGB und über die Zahlung der Versicherungssummen an solche Gläubiger §§ 99—107 des Ges) oder an den Versicherungsnehmer (Erbbauberechtigten) ausgezahlt werden (Begr zu § 23). Der Grundstückseigentümer hat aber auch insofern ein Interesse an der Benachrichtigung, als er daraufhin sogleich Schritte unternehmen kann, um den Erbbauberechtigten zur Wiederherstellung des Bauwerks zu veranlassen. Das wird namentlich dann von praktischer Bedeutung sein, wenn die Verpflichtung zur Versicherung des Bauwerks und zu seinem Wiederaufbau im Falle der Zerstörung gemäß § 2 Nr 2 VO zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht worden ist. Unterläßt der Versicherer die unverzügliche Benachrichtigung, so kann er dem Grundstückseigentümer für den dadurch entstehenden Schaden nach § 823 BGB ersatzpflichtig sein.

2. Zwangsversteigerung

a) des Erbbaurechts

§ 24

Bei einer Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht [1]) gilt auch der Grundstückseigentümer als Beteiligter im Sinne des § 9 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Reichs-Gesetzbl. 1898, S. 713) [2]).

1. Die **Zwangsvollstreckung in ein Erbbaurecht** kann nach § 11 VO, §§ 866ff., 870 Abs 1, 932 ZPO, §§ 1ff., 146ff. ZVG durch Eintragung einer Zwangs-Sicherungshypothek oder durch Eintragung einer Arrest-Höchstbetragshypothek oder durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung erfolgen. Jedoch sind nach § 8 VO Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgen, insoweit unwirksam, als sie die Rechte des Grundstückseigentümers aus einer etwaigen Vereinbarung gemäß § 5 vereiteln oder beeinträchtigen würden. Vgl. hierüber die A zu § 8 VO.

2. Da der **Grundstückseigentümer** durch die Durchführung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung in das Erbbaurecht mitberührt wird, **gilt er auch als Beteiligter im Sinne des § 9 ZVG.** Er ist also zu dem Verfahren zuzuziehen, und ihm stehen in dem Verfahren die sonst einem Beteiligten zustehenden Rechte zu. Das gilt namentlich bei der Feststellung des geringsten Gebots und der Versteigerungsbedingungen gemäß §§ 59ff., dem Verlangen der Sicherheitsleistung des Bieters nach § 67 Abs 1, der Beschwerde gegen den Zuschlag nach § 97 Abs 1 ZVG.

b) des Grundstücks

§ 25

Wird das Grundstück zwangsweise versteigert, so bleibt das Erbbaurecht auch dann bestehen, wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist [1]).

1. Nach der Regelvorschrift des § 10 Abs 1 Satz 1 kann das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt und dieser Rang auch während der Dauer des Erbbaurechts nicht geändert werden. Nur ausnahmsweise (insbesondere in den Fällen des § 10 Abs 1 Satz 2 und Abs 2) wird es daher vorkommen können, daß die **Zwangsversteigerung des** mit dem Erbbaurecht belasteten **Grundstücks** wegen eines dem Erbbaurecht im Range vorgehenden oder gleichstehenden Rechts betrieben wird und daß infolgedessen **das Erbbaurecht nicht in das geringste Gebot** (§ 44 ZVG) **fällt.** Auch dann soll das Erbbaurecht nicht aus dem Bargebot berichtigt werden (§ 49 ZVG), sondern **bestehen bleiben.** Zweck dieser Bestimmung wie der des § 10 Abs 1 Satz 1 ist, die Beleihbarkeit der Erbbaurechte zu fördern, indem gegenüber den sonstigen Wirkungen der Zwangsversteigerung des Grundstücks der Bestand des Erbbaurechts und der hypothekarischen Rechte daran für jeden Fall sichergestellt wird (Begr zu § 10).

V. Beendigung, Erneuerung, Heimfall

1. Beendigung

a) Aufhebung

§ 26

Das Erbbaurecht kann nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich [1]).

1. Durch § 11 Abs 1 Satz 1 VO ist der einseitige Verzicht des Erbbauberechtigten auf sein Recht nach § 928 BGB ausgeschlossen. Gleichwohl kann eine freiwillige **Aufhebung des Erbbaurechts** als eines Rechts an einem Grundstück gemäß § 875 BGB durch die Erklärung des Erbbauberechtigten, daß er sein Recht aufgebe (§ 1 A 1 unter „Beendigung"), und die Löschung des Rechts im Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks (§ 16 A 1) erfolgen. Ist das Erbbaurecht mit Rechten Dritter belastet, so bedarf es dazu nach § 876 BGB der Zustimmung der Dritten (§ 1 A 1). § 26 erfordert weiter die **Zustimmung des Grundstückseigentümers**, weil er durch die Aufhebung geschädigt werden kann. Die Zustimmungserklärung ist wie im § 876 Satz 3 BGB **dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten gegenüber** abzugeben. Sie wird mit dem Zugehen an das Grundbuchamt oder den Erbbauberechtigten (§ 130 Abs 1, 3 BGB) **unwiderruflich**. Sie bedarf zur materiellrechtlichen Wirksamkeit keiner Form. Sie kann daher auch mündlich oder privatschriftlich gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten abgegeben werden (BGB § 875 A 7, 8 mit § 876 A 6, 7). Von dem Wesen der Zustimmung gilt dasselbe wie bei der Zustimmung der Drittberechtigten (BGB § 876 A 3). Formellrechtlich ist zur Vornahme der Löschung die Zustimmungserklärung in der Form des § 29 Satz 1 GBO dem Grundbuchamt nachzuweisen. Vgl. zur Wirkung des Erlöschens des Erbbaurechts durch die Aufhebung: auf das Bauwerk und die sonstigen Bestandteile des Erbbaurechts §§ 12 A 5, 34 A 1, auf Miet- oder Pachtverträge, die der Erbbauberechtigte abgeschlossen hat, § 30 Abs 1 und A 1 dazu.

b) Zeitablauf

§ 27

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf [1]), so hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten [2]). Als Inhalt des Erbbaurechts können Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung und die Art ihrer Zahlung sowie über ihre Ausschließung getroffen werden [3]).

Ist das Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt, so muß die Entschädigung mindestens zwei Dritteile des gemeinen Wertes betragen, den das Bauwerk bei Ablauf des Erbbaurechts hat. Auf eine abweichende Vereinbarung kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen [4]).

Der Grundstückseigentümer kann seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung dadurch abwenden, daß er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerkes verlängert; lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung. Das Erbbaurecht kann zur Abwendung der Entschädigungspflicht wiederholt verlängert werden [5]).

Vor Eintritt der Fälligkeit kann der Anspruch auf Entschädigung nicht abgetreten werden [3]).

1. Ist **das Erbbaurecht**, wie in der Regel, befristet, so **erlischt** es **mit** dem **Ablauf der bestimmten Zeit** (dem Eintritt des festgesetzten Endtermins oder der Beendigung der vereinbarten Zeitdauer) von selbst, ohne daß es einer Erklärung der Beteiligten bedarf. Das Grundbuch, das das Erbbaurecht als bestehend aufführt, wird unrichtig. Der Grundstückseigentümer kann von dem Erbbauberechtigten gemäß § 894 BGB Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs

durch Löschung des Erbbaurechts verlangen. In der Regel wird er aber dieser Zustimmung nicht bedürfen, sondern nach §§ 22 Abs 1, 24 GBO ohne weitere Nachweise die Löschung herbeiführen können, da aus dem Ablauf der Zeit das Erlöschen des Rechts sich von selbst ergibt. Über die Ausführung der Löschung vgl. § 16 A 1. Die Folge des Erlöschens ist, daß auch die auf dem Erbbaurecht lastenden Rechte erlöschen. Die Realberechtigten mußten in Anbetracht des festgesetzten Endtermins oder der bestimmten Zeitdauer von vornherein mit diesem Erlöschen rechnen. Um die Beleihbarkeit der Erbbaurechte zu fördern, bestimmt aber § 29 zugunsten der darin bezeichneten Realgläubiger, daß ihre Rechte sich an der nach § 27 Abs 1, 2 in der Regel von dem Grundstückseigentümer zu leistenden Entschädigung für das Bauwerk fortsetzen. Über das Schicksal des Bauwerks beim Erlöschen des Erbbaurechts: §§ 12 A 5, 34 A 1. Über den Einfluß des Erlöschens auf Miet- und Pachtverträge, die der Erbbauberechtigte abgeschlossen hat: § 30 VO und die Anmerkungen dazu. Anders sind die Folgen, die eintreten in den Fällen der Verlängerung, der Erneuerung, des Heimfalls des Erbbaurechts. Vgl. hierüber § 27 Abs 3, § 31 Abs 1, 3, § 33 und die Anmerkungen dazu.

2. Die Bestimmung, daß der **Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten hat,** ist im Interesse der Allgemeinheit getroffen, um die ordnungsmäßige Instandhaltung, insbesondere der errichteten Gebäude, zu gewährleisten. Der Erbbauberechtigte wird bis zum letzten Augenblick der Dauer seines Rechts an der ordnungsmäßigen Instandhaltung des Bauwerks dadurch interessiert, daß sich die Höhe seines Entschädigungsanspruchs nach dem zur Zeit des Erlöschens des Erbbaurechts vorhandenen Wert des Bauwerks richtet (Begr vor § 1; § 1 A 9). Können der Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte sich über die Höhe der Entschädigung nicht einigen, so wird die Entschädigung im Prozesse nach dem gemeinen Wert des Bauwerks (Abs 2) zu bemessen sein. In Abs 2 ist für die dort behandelten Fälle eine Mindesthöhe bestimmt. Ein Verzicht des Erbbauberechtigten auf Entschädigung ist, da nach Abs 1 Satz 1 „der Grundstückseigentümer eine Entschädigung zu leisten hat" und nach § 29 das Recht der dort bezeichneten Realgläubiger sich auf den Entschädigungsanspruch erstreckt, ohne Zustimmung dieser Realgläubiger nicht wirksam. Nach dem Zweck des § 29, den Realgläubigern einen Ersatz für das bisherige Pfandobjekt zu gewähren, ist auch anzunehmen, daß sie auf Feststellung einer angemessenen Entschädigung gegen den Grundstückseigentümer zu klagen berechtigt sind, wenn der Erbbauberechtigte im Zusammenwirken mit dem Grundstückseigentümer den Entschädigungsanspruch nicht geltend macht oder zu niedrig vereinbart. Voraussetzung für das Bestehen des Entschädigungsanspruchs ist aber, daß das Bauwerk auf Grund des Erbbaurechts errichtet ist. Denn wenn das Bauwerk bei Begründung des Erbbaurechts bereits vorhanden war, so ist es im Eigentum des Grundstückseigentümers verblieben. Allerdings ist dies streitig (§ 12 A 2).

3. Sind **Vereinbarungen** gemäß Abs 1 Satz 2 **als Inhalt des Erbbaurechts getroffen** und in das Grundbuch des belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch eingetragen (§ 14 A 2), so haben sie dingliche Wirkung. Insbesondere müssen die Rechtsnachfolger des Erbbaurechtsnehmers und die im § 29 bezeichneten Realgläubiger (A 2) auch eine von vornherein getroffene Vereinbarung **über die Höhe der Entschädigung** sowie eine **Ausschließung** der Entschädigungspflicht gegen sich gelten lassen. In den Fällen des Abs 2 Satz 1 ist aber nach Abs 2 Satz 2 eine Ausschließung der Entschädigungspflicht nicht zulässig (A 4). Nach Abs 4 **kann der Anspruch auf Entschädigung vor Eintritt der Fälligkeit nicht abgetreten werden.** Daraus folgt, daß eine frühere Abtretung unwirksam ist und auch nicht durch Zustimmung der Realgläubiger des § 29 Wirksamkeit erlangt (str.). Nach § 851 Abs 1 ZPO kann der noch nicht fällig gewordene Anspruch auch nicht von Gläubigern des Erbbauberechtigten wirksam gepfändet werden. Ebenso ist eine freiwillige Verpfändung nach § 1274 Abs 2 BGB nicht möglich. Fällig wird der Anspruch mit dem Eintritt des Endtermins des Erbbaurechts, sofern nicht durch eine als Inhalt des Erbbaurechts getroffene Vereinbarung **über die Art der Zahlung** die Fälligkeit weiter hinausgesetzt ist. Wird dann der Anspruch, über dessen dingliche Sicherung § 28 Bestimmung trifft, abgetreten, verpfändet oder gepfändet (über die Form der Übertragung und der Pfändung § 28 A 1), so erlangt der Abtretungsempfänger (Pfandgläubiger, Pfändungsgläubiger) ihn (das Recht an ihm) nur belastet mit den Rechten (dem Vorrang der Rechte) der Realgläubiger des § 29.

4. Eine von dem Grundstückseigentümer mit dem Erbbauberechtigten getroffene **Vereinbarung,** die eine **Abweichung von der Bestimmung der Mindesthöhe** der Entschädigung bei **Erbbaurechten zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise** nach Abs 2 Satz 1 enthält, ist dem Erbbauberechtigten wie den Realgläubigern des § 29 gegenüber unwirksam, da sich **der Grundstückseigentümer nicht darauf berufen kann** (§ 1 A 13). Das gilt selbstverständlich auch für die gänzliche Ausschließung einer Entschädigung. Der Grund für diese Bestimmungen ist, daß der Erbbauberechtigte an der ordnungsmäßigen Instandhaltung der im Interesse der Allgemeinheit errichteten Wohnhäuser besonders interessiert werden soll, indem ihm **bei dem Ablauf des Erbbaurechts** unter allen Umständen ein Anspruch auf eine

Entschädigung von mindestens **zwei Dritteilen des gemeinen Wertes** zu dieser Zeit zugebilligt wird.

5. Soll ein Erbbaurecht über die ursprünglich gesetzte Zeitdauer hinaus verlängert werden, so handelt es sich um eine Änderung des Inhalts des Rechts. Dazu bedarf es gemäß §§ 877, 873, 876 BGB der Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten, der Eintragung der Verlängerung in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch (§ 1 A 1 unter „Inhaltsänderung"; § 14 A 2) und der Zustimmung der Realberechtigten am Grundstück (nicht auch der Realberechtigten an dem Erbbaurecht, da ihnen die Verlängerung nur günstig ist; str.). Für Grundstückseigentümer, insbesondere Gemeinden, die eine größere Zahl von Erbbaurechten zu Wohnzwecken mit gleicher Ablaufszeit bestellt haben, könnte die beim Ablauf der Erbbaurechte entstehende Verpflichtung zur Zahlung einer Reihe von bedeutenden Entschädigungssummen Schwierigkeiten im Gefolge haben (Begr zu § 27). Deshalb bestimmt Abs 3, daß der **Grundstückseigentümer seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung** nach Abs 1 oder nach Abs 2 dadurch **abwenden** kann, daß er dem Erbbauberechtigten **vor Ablauf des Erbbaurechts** dessen **Verlängerung für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks** anbietet. Um Weiterungen bei der Abschätzung der voraussichtlichen Standdauer zu vermeiden (Begr zu § 27), gestattet das Gesetz auch eine **wiederholte Verlängerung.** Nimmt der Erbbauberechtigte das Angebot an, so hat die Verlängerung, damit sie dingliche Wirkung hat, in der vorbezeichneten Weise zu erfolgen. Das Erbbaurecht bleibt dann einerseits mit allen seinen Rechten, anderseits mit seinen Belastungen bestehen. Glaubt der Erbbauberechtigte, etwa weil er vor Ablauf des Erbbaurechts wirtschaftliche Maßnahmen in Erwartung des Empfangs der Entschädigungssumme getroffen hat, nun das Erbbaurecht nicht selbst behalten zu können, so mag er es nach der Verlängerung veräußern (Begr zu § 27). **Lehnt** er aber ernstlich die **Verlängerung ab,** so **erlischt der Anspruch auf Entschädigung,** und zwar nicht nur für ihn, sondern auch für die Realgläubiger des § 29, die damit rechnen mußten.

§ 28

Die Entschädigungsforderung haftet auf dem Grundstück an Stelle des Erbbaurechts und mit dessen Range [1]).

1. Die Bestimmung ist dahin zu deuten, daß die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten aus § 27 kraft Gesetzes an die Stelle des bisher auf dem Grundstück lastenden, nunmehr durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts tritt und wie dieses, insbesondere mit dessen Rang, also nach § 10 Abs 1 Satz 1 in der Regel an erster Rangstelle, auf dem Grundstück lastet. Da es sich um eine außerhalb des Grundbuchs ohne weiteres, insbesondere ohne Mitwirkung der Beteiligten, sich vollziehende Umwandlung eines das Grundstück belastenden Rechts in ein anderes belastendes Recht handelt, wird das Grundbuch, das diese Umwandlung nicht aufweist, unrichtig. Da die Entschädigungsforderung an die Stelle eines eingetragenen dinglichen Rechts tritt und trotz ihres an sich nur schuldrechtlichen Charakters wie ein dingliches Recht auf dem Grundstück lasten soll, ist sie auch für eintragungsfähig zu erachten. Der Erbbauberechtigte kann also die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Umwandlung gemäß § 22 Abs 1 GBO beantragen oder, wenn er dem Grundbuchamt nicht die nötigen Nachweise erbringen kann, von dem Grundstückseigentümer Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB verlangen (str.). Daß die Eintragung in der Gestalt einer Hypothek, insbesondere einer Sicherungshypothek (§§ 1184ff. BGB) zu erfolgen hätte, dafür bietet die Verordnung keinen Anhalt (str.). Insbesondere ist weder bestimmt, daß das Erbbaurecht sich entsprechend dem § 1287 Satz 2 BGB oder dem § 868 Abs 2 ZPO in eine Sicherungshypothek für die Entschädigungsforderung umwandle, noch vorgesehen, daß dem Erbbauberechtigten entsprechend dem § 648 BGB ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek zusteh[e]. Derartiges ist auch nicht als beabsichtigt anzusehen. Den Rechten, die den Realgläubigern [in] § 29 an der Entschädigungsforderung gewährt sind (§ 29 A 2), ist vielmehr zu entnehmen, daß an eine nur vorübergehende Grundstücksbelastung gedacht worden ist. Man wird sich daher an den Wortlaut des § 28 halten und zu dem Ergebnis kommen müssen: Die Eintragung in das Grundbuch über das mit dem Erbbaurecht belastet gewesene Grundstück ist in der Weise zu bewirken, daß an derselben Stelle, an der das Erbbaurecht eingetragen war (in Preußen in Abteilung II: § 14 A 2), vermerkt wird, an die Stelle des erloschenen Erbbaurechts sei mit dessen Rang die Entschädigungsforderung getreten (vgl. § 31 A 5 über die Eintragung der Vormerkung zur Erhaltung des Erneuerungsvorrechts bei der Löschung des Erbbaurechts). Daraus ergibt sich dann weiter, daß die Übertragung und die Pfändung wie bei einer Reallast, der die eingetragene Entschädigungsforderung wohl am nächsten steht, zu erfolgen haben. Die Übertragung vollzieht sich also gemäß § 873 BGB durch (materiellrechtlich formlos gültige) Einigung zwischen dem Erbbauberechtigten und dem Erwerber und Eintragung. Die Pfändung durch Gläubiger des Erbbauberechtigten wird unter entsprechender Anwendung des § 857 Abs 6 in Verbindung mit §§ 829, 830 Abs 1 Satz 2 ZPO

bewirkt durch Pfändungsbeschluß und Eintragung der Pfändung in das Grundbuch. Über die Eintragung der Rechte der Realgläubiger des § 29 s. dort A 2.

§ 29

Ist das Erbbaurecht bei Ablauf der Zeit, für die es bestellt war, noch mit einer Hypothek oder Grundschuld oder mit Rückständen aus Rentenschulden oder Reallasten belastet [1]), so hat der Gläubiger der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder Reallast an dem Entschädigungsanspruch dieselben Rechte, die ihm im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen [2]).

1. Die beim Ablauf der Zeit des Erbbaurechts dieses etwa noch belastenden Rechte (in der Regel werden Belastungen schon vorher berichtigt und aufgehoben sein, insbesondere Tilgungshypotheken: § 20 Abs 1 Nr 3, § 21 Nr 2) erlöschen zugleich mit dem Erlöschen des Erbbaurechts durch den Zeitablauf (§ 27 A 1). **Hypotheken** (§§ 1113 ff.), **Grundschulden** (§§ 1191 ff.), **Rückstände aus Rentenschulden** (§ 1200 Abs 1) und **Rückstände aus Reallasten** (§§ 1105, 1107 BGB; dazu gehört auch ein rückständiger Erbbauzins des Grundstückseigentümers selbst nach § 9 VO) erfassen aber nunmehr den dem Erbbauberechtigten nach § 27 gegen den Grundstückseigentümer in der Regel (§ 27 A 1, 2, 3) zustehenden Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk, der nach § 28 an die Stelle des Erbbaurechts tritt (§ 28 A 1). Vgl. die ähnliche Bestimmung des Art 52 EGBGB.

2. Die **Rechte**, die einem Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuld- oder Reallastgläubiger **im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung** (also durch den Zuschlag: § 91 ZVG) **an dem Erlöse zustehen,** kennzeichnen sich nach dem aus den §§ 10, 37 Nr 8, 92, 109 ZVG herzuleitenden Grundsatz als Rechte auf Befriedigung aus dem an die Stelle des versteigerten Grundstücks (hier des Erbbaurechts) tretenden Versteigerungserlös (richtiger: an der Forderung des Vollstreckungsschuldners, hier des Erbbauberechtigten, auf Zahlung des bar zu entrichtenden Erlöses gegen den Ersteher). Sie ergreifen im Verhältnisse zu anderen Rechten am Grundstück (hier an dem Erbbaurecht), namentlich hinsichtlich des Ranges, den Versteigerungserlös (die Forderung gegen den Ersteher) in denselben Grenzen der Befugnisse und Beschränkungen, wie sie für das erloschene dingliche Recht aus dem Stande der Belastungen folgten (BGB § 1168 A 1). Diese Rechte werden hier dem Gläubiger an dem an die Stelle des Erbbaurechts getretenen Entschädigungsanspruch gewährt, wie wenn das Erbbaurecht zwangsversteigert, das Recht des Gläubigers durch den Zuschlag erloschen wäre, der Grundstückseigentümer den Zuschlag erhalten und in Höhe des Entschädigungsanspruchs einen Versteigerungserlös bar zu entrichten hätte, der zunächst dem Erbbauberechtigten als dem bisherigen Inhaber des Erbbaurechts zustände. Da im § 29 VO nicht angeordnet ist, daß ein Verteilungsverfahren nach §§ 105 ff. ZVG stattzufinden habe, verbleibt es dabei, daß der Entschädigungsanspruch an sich dem Erbbauberechtigten zusteht. Wird der Entschädigungsanspruch an Stelle des erloschenen Erbbaurechts in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belastet gewesenen Grundstücks für den Erbbauberechtigten eingetragen (§ 28 A 1), so ist zugleich zu vermerken, daß dem Gläubiger wegen seines erloschenen Rechts ein Recht auf Befriedigung aus dem Anspruch zustehe. Ist dies unterblieben, so kann der Gläubiger von dem Erbbauberechtigten gemäß § 894 BGB Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung seines Befriedigungsrechts verlangen. Wenn die Eintragung des Entschädigungsanspruchs nicht herbeigeführt worden ist, wird der Gläubiger von dem Grundstückseigentümer Zustimmung zu dieser Eintragung und zugleich von dem Erbbauberechtigten Zustimmung zu der Eintragung des Befriedigungsrechts beanspruchen können. Das Befriedigungsrecht ist gleichzustellen dem Pfandrecht an einer Forderung, das nach den §§ 1277, 1282 Abs 2 BGB dem Berechtigten auch dazu dient, „Befriedigung aus der Forderung zu suchen" (str.). Da der Entschädigungsanspruch in der Regel sogleich fällig ist (§ 27 A 3), so ist der Gläubiger gemäß §§ 1282, 1228 Abs 2 BGB zur Einziehung des Anspruchs berechtigt und kann der Grundstückseigentümer nur an ihn leisten. Steht mehreren Realgläubigern ein Befriedigungsrecht zu, so ist nach § 1290 BGB nur derjenige zur Einziehung berechtigt, dessen Befriedigungsrecht den übrigen Befriedigungsrechten vorgeht. Das Rangverhältnis unter den mehreren Realgläubigern richtet sich nach dem Range der erloschenen Rechte. Über das Erlöschen der Rechte an dem Anspruch im Falle der Erneuerung des Erbbaurechts: § 31 Abs 5.

§ 30

Erlischt das Erbbaurecht, so finden auf Miet- und Pachtverträge, die der Erbbauberechtigte abgeschlossen hat, die im Falle der Übertragung des Eigentums geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung [1]).

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, so ist der Grundstückseigentümer berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung kann nur für einen der beiden ersten Termine erfolgen, für die sie zulässig ist. Erlischt das Erbbaurecht vorzeitig, so kann der Grundstückseigentümer das Kündigungsrecht erst ausüben, wenn das Erbbaurecht auch durch Zeitablauf erlöschen würde.

Der Mieter oder Pächter kann den Grundstückseigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache. Die Kündigung kann nur bis zum Ablauf der Frist erfolgen [2]).

1. Veräußert der **Erbbauberechtigte** das Erbbaurecht, so finden nach § 11 VO auf **Miet- oder Pachtverträge,** die er über seine Besitzzeit hinaus bezüglich des Bauwerks oder eines Nebengeländes (§ 1 Abs 2) **abgeschlossen** hat, **die** zur Durchführung des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete" **in den §§ 571—579, 581 Abs 2 BGB** für den Fall der Veräußerung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks **gegebenen Vorschriften** über den Eintritt des Erwerbers in das Miet- oder Pachtverhältnis, über die Wirksamkeit von Verfügungen des Vermieters oder Verpächters über den Miet- oder Pachtzins gegenüber dem Erwerber und über den Schutz des Mieters oder Pächters bei Entrichtungen des Miet- oder Pachtzinses Anwendung. Einer Veräußerung steht es gleich, wenn das Erbbaurecht an den Grundstückseigentümer heimfällt (§ 2 Nr 4 VO). Ohne daß eine besondere Bestimmung hierüber gegeben ist, sind also auch in diesem Falle die erwähnten Vorschriften, insbesondere die zum Schutze des Mieters oder Pächters, auf das Verhältnis des Erbbauberechtigten, des Grundstückseigentümers und des Mieters oder Pächters untereinander ohne weiteres entsprechend anwendbar (Begr zu § 30). Gleiche **entsprechende Anwendung** schreibt § 30 Abs 1 VO vor für die Fälle, in denen **das Erbbaurecht** durch Aufhebung (§ 26) oder durch Zeitablauf (§ 27) **erlischt,** also das vermietete oder verpachtete Bauwerk oder Nebenland in das freie Eigentum des Grundstückseigentümers übergeht (§ 12 A 5). Die Vorschrift dient zum Schutz des Mieters oder Pächters, liegt aber auch im allgemein wirtschaftlichen Interesse wie im Interesse des Erbbauberechtigten, der sonst für die letzte Zeit der Dauer seines Erbbaurechts keinen Mieter oder Pächter finden dürfte (Begr zu § 30). Die Abs 2 u. 3 geben Sondervorschriften für den Fall des Erlöschens durch Zeitablauf.

2. Wird das Erbbaurecht zwangsversteigert, so finden, wenn das Bauwerk einem Mieter oder Pächter überlassen ist, gemäß § 11 VO, § 57 ZVG die Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574, 575 BGB (A 1) nach Maßgabe der §§ 57a, 57b ZVG entsprechende Anwendung. Nach § 57a ZVG ist der Ersteher berechtigt, **das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen.** Diese Frist ergibt sich für die Miete aus § 565 Abs 1 Satz 1, Abs 4 BGB (vorzeitige Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist spätestens am dritten Werktage eines Kalendervierteljahrs nur für den Schluß des Vierteljahrs) und für die Pacht aus § 595 Abs 1, 2 BGB (vorzeitige Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist spätestens am ersten Werktage des letzten halben Jahres für den Schluß des Pachtjahrs). Die Kündigung ist aber ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist. § 30 Abs 2, 3 VO behandelt hinsichtlich der Kündigungsbefugnis den Fall des **Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf** (§ 27) ähnlich dem Falle der Zwangsversteigerung. Die Befugnis wird dem Grundstückseigentümer wie einem Ersteher gewährt (vgl. auch § 29 A 2). Jedoch schreibt Abs 2 Satz 2 in Abweichung von § 57a ZVG vor, daß die **Kündigung des Grundstückseigentümers nur für einen der beiden ersten Termine, für den sie zulässig ist, erfolgen kann.** Ferner ist im Abs 2 Satz 2 für den Fall, daß das Erbbaurecht **schon vor Ablauf der** ihm gesetzten **Zeit erlischt** (z. B. durch Aufhebung nach § 26), bestimmt, daß das **Kündigungsrecht** von dem Grundstückseigentümer **erst beim Eintritt des Endtermins,** in dem das Erbbaurecht durch Zeitablauf erlöschen würde, **ausgeübt werden kann.** Weiter ist im Abs 3 dem Mieter oder Pächter die Befugnis gewährt, dem Grundstückseigentümer (formlos) **eine angemessene Frist zur Erklärung** darüber **zu setzen,** ob er von dem Kündigungsrecht Gebrauch machen wolle. Nach Ablauf der ungenutzten Frist ist die Kündigung nicht mehr zulässig.

2. Erneuerung

§ 31

Ist dem Erbbauberechtigten ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts eingeräumt (§ 2 Nr 6), so kann er das Vorrecht ausüben, sobald der Eigentümer mit einem Dritten einen Vertrag über Bestellung eines Erbbaurechts

an dem Grundstück geschlossen hat [1]). Die Ausübung des Vorrechts ist ausgeschlossen, wenn das für den Dritten zu bestellende Erbbaurecht einem anderen wirtschaftlichen Zwecke zu dienen bestimmt ist [2]).

Das Vorrecht erlischt drei Jahre nach Ablauf der Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt war [3]).

Die Vorschriften der §§ 505 bis 510, 513, 514 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung [4]).

Dritten gegenüber hat das Vorrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts [5]). Die §§ 1099 bis 1102 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend [6]). Wird das Erbbaurecht vor Ablauf der drei Jahre (Abs 2) im Grundbuch gelöscht, so ist zur Erhaltung des Vorrechts eine Vormerkung mit dem bisherigen Range des Erbbaurechts von Amts wegen einzutragen [5]).

Soweit im Falle des § 29 die Tilgung noch nicht erfolgt ist, hat der Gläubiger bei der Erneuerung an dem Erbbaurechte dieselben Rechte, die er zur Zeit des Ablaufs hatte. Die Rechte an der Entschädigungsforderung erlöschen [7]).

1. Ein dem Erbbauberechtigten gemäß § 2 Nr 6 eingeräumtes **Erneuerungsvorrecht** bei Ablauf der dem Erbbaurecht gesetzten Zeitdauer gehört zum Inhalt des Erbbaurechts. Das Vorrecht geht daher (§ 2 A 2) auf die Nachfolger des Erbbaurechtsnehmers über und wirkt gegen die Besitznachfolger des das Erbbaurecht bestellenden Grundstückseigentümers. Über die Wirkung gegenüber Dritten s. A 5. Während durch eine Verlängerung des Erbbaurechts die Zeitdauer eines bestehenden Erbbaurechts im Wege der Inhaltsänderung weiter hinausgerückt wird (§ 27 A 5) und bei einem Vorkaufsrecht (§ 10 A 1) am Erbbaurecht dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis zusteht, in einen vom Erbbauberechtigten mit einem Dritten über das bestehende Erbbaurecht geschlossenen Kaufvertrag einzutreten, gewährt das Erneuerungsvorrecht **dem Erbbauberechtigten,** dessen Erbbaurecht endigt, **das Recht, in** einen **Vertrag** zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Dritten **über Bestellung eines neuen Erbbaurechts einzutreten,** sobald er rechtsgültig abgeschlossen ist.

2. Eine die Ausübung des Vorrechts ausschließende Bestimmung des für den Dritten neu zu bestellenden Erbbaurechts **zu einem anderen wirtschaftlichen Zweck** liegt z. B. vor, wenn das bisherige Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise diente (§ 27 Abs 2), das neue Erbbaurecht dagegen dem Betriebe eines Gewerbes in dem Bauwerk dienen soll.

3. Nach der im Abs 2 gesetzten **Ausschlußfrist** steht dem Erbbauberechtigten, wenn drei Jahre seit dem Erlöschen seines Erbbaurechts verstrichen sind, nicht mehr das Recht zu, in einen dann vom Grundstückseigentümer mit einem Dritten geschlossenen Vertrag über Bestellung eines neuen Erbbaurechts einzutreten. Über Eintragung einer Vormerkung für das Recht in den drei Jahren vgl. A 7.

4. Durch die Bestimmung der **entsprechenden Anwendung der** für das persönliche Vorkaufsrecht gegebenen **Vorschriften der §§ 505—510, 513, 514 BGB** sind diese Vorschriften zum Inhalt des dinglichen Erneuerungsvorrechts gemacht. Da nun der Inhalt dinglicher Rechte nicht der freien Vereinbarung unterliegt, so sind jene Vorschriften, obwohl sie an sich dem Recht der Schuldverhältnisse angehören und insoweit nachgiebiges Recht sind, für das Erneuerungsvorrecht zwingend. Eine davon abweichende Vereinbarung ist also unwirksam (vgl. für das dingliche Vorkaufsrecht BGB § 1098 A 2). Im übrigen ist bezüglich der Anwendung der einzelnen Vorschriften folgendes hervorzuheben: Die Ausübung des Erneuerungsvorrechts erfolgt durch eine keiner Form bedürfende Erklärung des Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundstückseigentümer. Damit kommt zwischen ihnen der neue Erbbauvertrag unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zustande (§ 505). Eine Vertragsabrede zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Dritten, wonach ihr Vertrag von der Nichtausübung des Erneuerungsrechts abhängig gemacht oder dem Eigentümer ein Vorbehalt des Rücktritts für den Fall der Ausübung des Erneuerungsvorrechts eingeräumt wird, ist dem Erbbauberechtigten gegenüber unwirksam (§ 506). Ist im Falle der Vereinbarung einer Gegenleistung dem Dritten für diese Stundung gewährt, so muß der Erbbauberechtigte, wenn er die Stundung in Anspruch nimmt, Sicherheit leisten, es sei denn, daß für die Gegenleistung eine Hypothek an dem Erbbaurecht bestellt wird (§ 509). Wenn die Gegenleistung in einem Erbbauzins (§ 9 VO) besteht, führt die entsprechende Anwendung dazu, daß an die Stelle der Hypothek die Eintragung des Erbbauzinses tritt. Der Grundstückseigentümer hat dem Erbbauberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen. Diese Mitteilung wird aber durch die des Dritten ersetzt. Das Erneuerungsvorrecht

kann nur bis zum Ablauf von zwei Monaten nach dem Empfang der Mitteilung ausgeübt werden (§ 510 Abs 1, Abs 2 Satz 1). Ist als Inhalt des Erneuerungsvorrechts eine Frist für seine Ausübung bestimmt, so tritt diese Frist an die Stelle der zweimonatlichen Frist (§ 510 Abs 2 Satz 2; die gesetzliche Frist für das Erlöschen des Vorrechts in § 31 Abs 2 VO kommt hier nicht in Betracht). Da das Erneuerungsvorrecht zum Inhalt des vererblichen Erbbaurechts gehört (A 1), ist § 514 BGB dahin entsprechend anwendbar, daß das Erneuerungsvorrecht nicht für sich allein, ohne das Erbbaurecht, übertragbar, wohl aber vererblich ist, wenn es nicht ausdrücklich nur für eine bestimmte Person bestellt worden ist.

5. Die Bestimmung, daß das Erneuerungsvorrecht, das als Inhalt des Erbbaurechts (A 1) im Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks eingetragen sein muß (§ 14 A 2), **Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts** hat, entspricht der für das dingliche Vorkaufsrecht im § 1098 Abs 2 BGB gegebenen Vorschrift (vgl. dort A 5). Aus der Bestimmung folgt gemäß § 883 Abs 2, 3 BGB: Wenn der Grundstückseigentümer mit einem Dritten einen neuen Erbbauvertrag abgeschlossen und darauf der Erbbauberechtigte sein Erneuerungsvorrecht ausgeübt und damit einen Anspruch auf Einräumung des Erbbaurechts erlangt hat, so ist die trotzdem von dem Grundstückseigentümer vorgenommene Bestellung des neuen Erbbaurechts an seinem Grundstück für den Dritten dem Erbbauberechtigten gegenüber unwirksam. Denn durch diese Verfügung würde jener Anspruch vereitelt. Wird das Grundstück von dem Eigentümer freiwillig oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung mit andern Rechten (z. B. Vertragshypotheken, Zwangshypotheken, Arresthypotheken) belastet, so sind diese Verfügungen dem Erbbauberechtigten gegenüber ebenfalls unwirksam, da sein Anspruch auf Einräumung des Erbbaurechts zur ersten Rangstelle (§ 10 Abs 1 Satz 1 VO) dadurch beeinträchtigt würde. Nach § 888 BGB kann der Erbbauberechtigte von dem Erwerber des Erbbaurechts oder dessen Nachfolgern Zustimmung zu seiner Eintragung als Erbbauberechtigter und von den Erwerbern der das Grundstück belastenden Rechte Zustimmung zur Löschung der Rechte oder Rangrücktritt verlangen. Diese Wirkung des als Inhalt des Erbbaurechts eingetragenen Erneuerungsvorrechts besteht solange, als das Erbbaurecht selbst noch nicht im Grundbuch gelöscht ist. **Wird das Erbbaurecht** vor Ablauf der im Abs 2 für das Erlöschen des Vorrechts bestimmten Frist **gelöscht,** so ist zur Erhaltung des Vorrechts nunmehr eine wirkliche **Vormerkung** mit dem bisherigen Range des Erbbaurechts **von Amts wegen einzutragen.** In Preußen erfolgt nach § 7 Abs 2 der in VO § 14 A 1 genannten JMVerfügung die Eintragung der Vormerkung in der zweiten Abteilung, in der auch das Erbbaurecht eingetragen war, unter der nächsten freien Nummer mit der Angabe, daß die Vormerkung den bisherigen Rang des Erbbaurechts hat.

6. Über die Rechtsfolgen, die sich aus der **entsprechenden Anwendung der §§ 1099 bis 1102 BGB** ergeben, ist hervorzuheben: Wenn der Grundstückseigentümer das neue Erbbaurecht für den Dritten bestellt und dieser es weiterveräußert hat, ohne daß bisher dem Erneuerungsberechtigten von dem neuen Erbbauvertrage Mitteilung gemacht ist, so kann der weitere Erwerber die Mitteilung mit der im § 510 Abs 2 bestimmten Wirkung (A 4) machen (§ 1099 Abs 1 BGB). Dann hat der Grundstückseigentümer, nachdem nachträglich dem Erneuerungsberechtigten jene Mitteilung gemacht worden ist, den weiteren Erwerber zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Erneuerungsvorrechts erfolgt oder durch ungenützten Ablauf der in § 510 Abs 2 bezeichneten Frist (A 4) ausgeschlossen ist (§ 1099 Abs 2 BGB). Die §§ 1100—1102 BGB kommen in diesem Falle, wenn der Erneuerungsberechtigte von seinem Recht Gebrauch macht, bei der Erstattung oder Verpflichtung zur Berichtigung einer für die Bestellung des neuen Erbbaurechts vereinbarten Gegenleistung zur Anwendung.

7. Nach Abs 5 **leben im Falle der Erneuerung** des Erbbaurechts **die Rechte der im § 29 bezeichneten Realgläubiger,** die mit dem Erlöschen des alten Erbbaurechts durch Zeitablauf erloschen waren (§ 27 A 1) und sich in die im § 29 genannten Rechte an dem Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk umgesetzt hatten (§ 27 A 2, § 29 A 2), **wieder auf,** soweit sie nicht inzwischen getilgt sind. Sie belasten nun in ihrer früheren Gestalt und in ihren früheren Rangverhältnissen das neue Erbbaurecht kraft Gesetzes. Die Gläubiger können die Wiedereintragung ihrer Rechte auf das neue Erbbaurecht im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB, § 22 GBO) verfolgen. Dagegen **erlöschen ihre Rechte an der Entschädigungsforderung.** Diese wird, wenn nicht ein anderes verabredet wird, auch für den Erbbauberechtigten hinfällig.

3. Heimfall

§ 32

Macht der Grundstückseigentümer von seinem Heimfallanspruche Gebrauch [1]), so hat er dem Erbbauberechtigten eine angemessene Vergütung

für das Erbbaurecht zu gewähren [2]). Als Inhalt des Erbbaurechts können Vereinbarungen über die Höhe dieser Vergütung und die Art ihrer Zahlung sowie ihre Ausschließung getroffen werden [3]).

Ist das Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt, so darf die Zahlung einer angemessenen Vergütung für das Erbbaurecht nicht ausgeschlossen werden. Auf eine abweichende Vereinbarung kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen. Die Vergütung ist nicht angemessen, wenn sie nicht mindestens zwei Dritteile des gemeinen Wertes des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung beträgt [3]).

1. Die Vorschriften des § 32 und des sich anschließenden § 33 gelten nur dann, wenn der **Grundstückseigentümer von dem** ihm nach § 2 Nr 4 als Inhalt des Erbbaurechts zustehenden **Heimfallanspruch Gebrauch macht**, wenn er also mit der Begründung, daß die im Erbbauvertrag bestimmte Voraussetzung für die Verpflichtung zur Übertragung eingetreten sei (z. B. der Erbbauberechtigte eine ihm obliegende Verbindlichkeit, deren Nichterfüllung als Voraussetzung bestimmt worden war, nicht erfüllt habe), die Übertragung des Erbbaurechts an ihn oder gemäß § 3 an einen von ihm bezeichneten Dritten verlangt. Erfolgt die Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer ohne eine solche Rechtspflicht auf Grund freiwilliger Verständigung, so finden die §§ 32, 33 keine Anwendung. Auch dann geht freilich das Erbbaurecht trotz der Vereinigung mit dem Grundeigentum in einer Person gemäß § 889 BGB nicht unter; ob und welche Vergütung aber dem Grundstückseigentümer obliegt, bestimmt sich lediglich nach dem Übertragungsvertrag; alle an dem Erbbaurecht bestehenden dinglichen Rechte, nicht bloß die im § 33 aufgeführten, bleiben in diesem Falle durch die Übertragung unberührt.

2. **Der Grundstückseigentümer hat** nicht bloß, wie nach § 27 im Falle des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf, eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten. Er hat vielmehr **dem Erbbauberechtigten eine angemessene Vergütung für das** ganze **Erbbaurecht zu gewähren**, da hier das von dem Erbbaurecht mitumfaßte Recht auf die Bodenbenutzung selbst ebenfalls an den Grundstückseigentümer zurückfällt (Begr zu § 32). Der Grund dafür, daß dem Grundstückseigentümer die Verpflichtung zur Gewährung einer angemessenen Vergütung auferlegt ist, obwohl das Erbbaurecht gemäß dem Inhalt des Erbbauvertrags an ihn zurückfällt, liegt hier ebenso wie bei der Verpflichtung zur Leistung der Entschädigung des § 27 (dort A 2) darin, daß im Interesse der Allgemeinheit die ordnungsmäßige Instandhaltung des Bauwerks hinreichend gewährleistet werden soll. Der Erbbauberechtigte wird an der Instandhaltung dadurch besonders interessiert, daß sich die Höhe der angemessenen Vergütung nach dem vorhandenen gemeinen Wert des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung (§ 32 Abs 2 Satz 3) richtet (Begr vor § 1). Anders als im § 28 für den Entschädigungsanspruch aus § 27 ist hier aber keine dingliche Sicherung des Vergütungsanspruchs aus § 32 vorgesehen. Anderseits erstrecken sich auch die Rechte der im § 29 bezeichneten Realgläubiger hier nicht wie dort (§ 29 A 1, 2) auf den Vergütungsanspruch. Endlich ist hier keine Beschränkung der Abtretbarkeit bestimmt, wie sie im § 27 Abs 4 (dort A 3) vorgesehen ist.

3. Sind **Vereinbarungen** nach Abs 1 Satz 2 **als Inhalt des Erbbaurechts** getroffen und in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch eingetragen (§ 14 A 2), so haben sie dingliche Wirkung. Insbesondere gelten auch eine von vornherein getroffene Vereinbarung **über die Höhe der Vergütung** und eine **Ausschließung** der Vergütungspflicht für und gegen die Rechtsnachfolger des das Erbbaurecht bestellenden Grundstückseigentümers und des Erbbaurechtsnehmers. Im Falle eines **Erbbaurechts gemäß Abs 2 Satz 1** ist aber die **Ausschließung einer angemessenen Vergütung** unzulässig. Angemessen ist eine Vergütung nach Abs 2 Satz 3 nur dann, wenn sie **mindestens beträgt zwei Dritteile des gemeinen Wertes** des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung (über die Erfordernisse der Übertragung § 2 A 7). Gemäß Abs 2 Satz 1, 2 **kann** sich der **Grundstückseigentümer nicht auf eine abweichende Vereinbarung berufen** (§ 1 A 13); sie ist also dem Erbbauberechtigten gegenüber unwirksam.

§ 33

Beim Heimfall des Erbbaurechts bleiben die Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Reallasten bestehen [1]), soweit sie nicht dem Erbbauberechtigten selbst zustehen [2]). Dasselbe gilt für die Vormerkung eines gesetzlichen Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek sowie für den Bauvermerk (§ 61 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, Reichs-Gesetzbl. S. 449) [3]). Andere auf dem Erbbaurechte lastende Rechte erlöschen [4]).

Haftet bei einer Hypothek, die bestehen bleibt, der Erbbauberechtigte zugleich persönlich, so übernimmt der Grundstückseigentümer die Schuld in Höhe der Hypothek. Die Vorschriften des § 416 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung. Das gleiche gilt, wenn bei einer bestehenbleibenden Grundschuld oder bei Rückständen aus Rentenschulden oder Reallasten der Erbbauberechtigte zugleich persönlich haftet.

Die Forderungen, die der Grundstückseigentümer nach Abs 2 übernimmt, werden auf die Vergütung (§ 32) angerechnet [5].

1. Zu den **Reallasten** (§ 1105 BGB), die außer den **Hypotheken** (§§ 1113ff.), **Grund- und Rentenschulden** (§§ 1191, 1199 BGB) an dem nicht erlöschenden Erbbaurecht (§ 2 A 7) **bestehen bleiben**, gehören auch Überbau- und Notwegrenten (§ 914 Abs 3, § 917 Abs 2), die auf dem Erbbaurecht lasten. Ebenso gehört hierher ein nach § 9 Abs 1 Satz 1 VO auf dem Erbbaurecht für den Grundstückseigentümer eingetragener Erbbauzins. Eine dem Grundstückseigentümer selbst an dem Erbbaurecht zustehende Hypothek verwandelt sich nach § 1177 BGB in eine Eigentümergrundschuld oder -hypothek (letzteres z. B., wenn die Hypothek für fremde Schuld bestellt war).

2. Unter den genannten, das Erbbaurecht belastenden Rechten, die **dem Erbbauberechtigten selbst zustehen** könnten, kommen hauptsächlich die auf den Erbbauberechtigten gemäß § 1143 oder § 1163 (Gläubigerbefriedigung) oder § 1168 (Gläubigerverzicht) als Eigentümergrundschulden oder -hypotheken (§ 1177 BGB) übergegangenen Hypotheken in Betracht (vgl. auch §§ 868, 932 ZPO). Sie bleiben nicht bestehen, sondern erlöschen. Das gilt aber nicht von Rechten, die zugunsten des Erbbaurechts (für den jeweiligen Erbbauberechtigten) an dem Grundstück begründet worden sind, z. B. Wegegerechtigkeiten und sonstige Dienstbarkeiten. Sie bleiben nach § 889 BGB trotz der Vereinigung des Erbbaurechts mit dem Grundstückseigentum in einer Person bestehen.

3. Ein **gesetzlicher Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek**, dessen **Vormerkung** nach Abs 1 Satz 2 ebenso wie die in Satz 1 bezeichneten Rechte bestehen bleibt, besteht z. B. nach § 648 BGB für den Unternehmer des Bauwerks wegen seiner Forderungen aus dem Bauvertrage. Nach § 61 des Ges. v. 1. 6. 09 ist im Erbbaugrundbuch ein **Bauvermerk** einzutragen, wenn das Gebäude von dem Erbbauberechtigten errichtet werden soll. Dieser Vermerk hat gemäß § 11 Abs 2 die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des mit seiner Eintragung für die Baugläubiger erwachsenen Anspruchs auf Eintragung einer Bauhypothek. Andere Vormerkungen erlöschen, z. B. auch solche zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts. Jedoch gilt dies nicht von Vormerkungen, welche die nach Abs 1 Satz 1 bestehenbleibenden Rechte betreffen und das Erbbaurecht nicht unmittelbar belasten (z. B. zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung der Rechte). Sie bleiben ebenso wie Widersprüche, die sich gegen die Rechte richten, mit dem Bestehenbleiben der Rechte ebenfalls bestehen.

4. **Andere auf dem Erbbaurecht lastende Rechte**, die **erlöschen**, sind z. B. Dienstbarkeiten (§§ 1018, 1030, 1090), Vorkaufsrechte (§ 1094). Wegen der Vormerkungen und Widersprüche: A 3; wegen der Miet- und Pachtverträge: § 30 A 1.

5. Ist der **Erbbauberechtigte zugleich der persönliche Schuldner** der Hypothekenforderung oder der Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld dient (BGB § 1191 A 1), oder der Forderung auf Rückstände aus Rentenschulden oder Reallasten (§ 1108 BGB), so wird der Grundstückseigentümer (dem im Falle des § 3 der Dritterwerber gleichzustellen ist), ähnlich wie der Ersteher nach § 53 ZVG, als **dem Erbbauberechtigten gegenüber die Schuld übernehmend** durch Abs 2 erklärt. Dann muß entsprechend dem § 416 BGB verfahren werden, wenn der Erbbauberechtigte von seiner Schuld frei werden soll (vgl. **RG** 89, 78; 136, 91). Zum Schutz des Grundstückseigentümers gegen zu hohe Belastungen dient eine Vereinbarung gemäß § 5 Abs 2 über das Erfordernis seiner Zustimmung zu Belastungen sowie die im § 33 Abs 2 vorgesehene **Anrechnung auf die Vergütung.**

4. Bauwerk

§ 34

Der Erbbauberechtigte ist nicht berechtigt, beim Heimfall oder beim Erlöschen des Erbbaurechts das Bauwerk wegzunehmen oder sich Bestandteile des Bauwerkes anzueignen [1].

1. Das gegenüber dem Erbbauberechtigten ausgesprochene Verbot, beim **Heimfall** (§ 2 Nr 4) oder beim **Erlöschen** des Erbbaurechts das **Bauwerk wegzunehmen** oder **sich Bestandteile des Bauwerks anzueignen**, soll einer zwecklosen Vernichtung wirtschaftlicher Werte vorbeugen

(Begr zu § 34). Daß der Erbbauberechtigte dem Grundstückseigentümer gegenüber zu diesen Maßnahmen nicht berechtigt wäre, würde sich übrigens schon aus folgenden Erwägungen ergeben: Das (in der Regel) vom Erbbaurechtsnehmer errichtete (für den anderen Fall § 12 A 2) Bauwerk und somit auch dessen Bestandteile gelten nach § 12 Abs 1 Satz 1 als wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts; beim Erlöschen des Erbbaurechts werden dessen Bestandteile nach § 12 Abs 3 Bestandteile des Grundstücks und damit Eigentum des Grundstückseigentümers; beim Heimfall geht das Erbbaurecht mit seinen Bestandteilen auf den Grundstückseigentümer über (§ 12 A 5). Unter das Verbot der Aneignung fallen nicht Gegenstände, die ein Erbbauberechtigter nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Bauwerk verbunden hat. Denn sie sind keine Bestandteile des Erbbaurechts (§ 12 A 4). Ebensowenig kommt hier in Betracht das Zubehör des Bauwerks. Streitig ist, ob im § 34 unter „Erlöschen des Erbbaurechts" nur das Erlöschen durch Zeitablauf (§ 27) oder auch die Aufhebung durch Rechtsgeschäft nach § 26 zu verstehen ist. Letzteres wird anzunehmen sein, da auch bei der Aufhebung das Erbbaurecht erlischt und § 34 zwischen den Fällen des Erlöschens nicht unterscheidet. Überdies trifft der gesetzgeberische Grund für das Verbot, nämlich die Verhinderung einer zwecklosen Vernichtung wirtschaftlicher Werte, auf das Erlöschen durch Aufhebung ebenfalls zu. Allerdings hat der Erbbauberechtigte in der Regel beim Erlöschen durch Zeitablauf eine Entschädigung für das Bauwerk und dessen Bestandteile (§ 27) und beim Heimfall eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht einschließlich der Bestandteile (§ 32) von dem Grundstückseigentümer zu erhalten. Aber beim Erlöschen durch Aufhebung wird regelmäßig auch eine Entschädigung für das Bauwerk und dessen Bestandteile Gegenstand der Vereinbarung sein.

VI. Schlußbestimmungen

§ 35

Diese Verordnung hat Gesetzeskraft und tritt am Tage der Verkündung in Kraft [1]. Gleichzeitig treten die §§ 1012 bis 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und § 7 der Grundbuchordnung außer Kraft [2].

1. Tag der Verkündung, mit dessen Beginn (RG 91, 339) die Verordnung in Kraft getreten ist, ist der 22. Januar 1919 (RGBl 1919, 72).
2. Für ein bereits bestehendes Erbbaurecht bleiben aber nach § 38 die bisherigen Gesetze weiter maßgebend (§ 38 A 1).

§ 36

Soweit in Reichs- oder Landesgesetzen auf die §§ 1012 bis 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verwiesen ist, treten an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften dieser Verordnung [1].

1. In der Reihenfolge der §§ 1012—1017 BGB treten an deren Stelle § 1 Abs 1, § 1 Abs 2, § 1 Abs 3, § 11 Abs 1, § 13, § 11 Abs 1 VO.

§ 37

Im § 20 der Grundbuchordnung werden die Worte „Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts" ersetzt durch die Worte „Bestellung, Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts" [1].

Im § 84 der Grundbuchordnung werden die Worte „Die Vorschriften der §§ 7, 20" ersetzt durch die Worte „Die Vorschriften des § 20" [2].

Dem § 84 der Grundbuchordnung werden als Abs. 2 und 3 folgende Vorschriften angefügt [3]:

> **„Ist auf dem Blatte eines Grundstücks ein Recht der in den Artikeln 63 und 68 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch bezeichneten Art eingetragen, so ist auf Antrag für dieses Recht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen. Die Anlegung erfolgt von Amts wegen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll. Sie wird auf dem Blatte des Grundstücks vermerkt.**

Die Landesgesetze können bestimmen, daß statt der Vorschriften des Abs. 2 die Vorschriften der §§ 14 bis 17 der Verordnung über das Erbbaurecht entsprechend anzuwenden sind.“

1. Eingefügt sind die Worte „Änderung des Inhalts“. Danach ist die bisher streitige Frage, ob es im Falle der Änderung des Inhalts ebenso wie im Falle der Bestellung oder der Übertragung eines Erbbaurechts formellrechtlich zur Vornahme der Eintragung des dem Grundbuchamt (in der Form des § 29 GBO) zu führenden Nachweises der Erklärung der erforderlichen Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles bedürfe, in bejahendem Sinne entschieden. Über die materiellrechtlichen Erfordernisse der Bestellung, der Änderung des Inhalts und der Übertragung eines Erbbaurechts und ihren Gegensatz zu dieser formellrechtlichen Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung vgl. § 1 A 1.

2. § 7 ist gestrichen, weil er durch § 35 Satz 2 VO außer Kraft gesetzt ist.

3. Nach § 84 GBO in der jetzigen (A 2) Fassung des Abs 1 finden die Vorschriften des § 20 und des § 22 Abs 2 GBO über das Erbbaurecht auf die in den Artt 63, 68 EGBGB bezeichneten Rechte entsprechende Anwendung. Diese Rechte sind das Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdnerrechts und des Häuslerrechts (Art 63) und vererbliche und veräußerliche Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals (Art 68). Die landesgesetzlichen Vorschriften hierüber sollen nach näherer Bestimmung der Artikel unberührt bleiben mit der Maßgabe, daß § 1017 bzw. §§ 874, 875, 876, 1015, 1017 BGB entsprechende Anwendung finden. Die §§ 1015, 1017 BGB werden jetzt gemäß § 36 VO durch § 11 Abs 1 VO ersetzt (§ 36 A 1). Danach bedarf die Bestellung der im Art 38 preuß. AGBGB bezeichneten selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten und die im PrGes. v. 4. 8. 04 geregelte Bestellung von Salzabbaugerechtigkeiten (materiellrechtlich) keiner Form, insbesondere nicht mehr wie früher der Form der Auflassung nach § 925 BGB (§ 11 A 1, § 1 A 1). Formellrechtlich ist jedoch zur Eintragung nach § 20 GBO der Nachweis der Einigung in der Form des § 29 GBO erforderlich (KGJ 53, 150). Ein Erbpachtrecht kann nicht gemäß § 875 BGB, sondern nur nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften aufgehoben werden (RJA 8, 278). Der dem § 84 GBO angefügte Abs 2 gibt den gestrichenen § 7 GBO wörtlich wieder, wenn an Stelle von „ein Recht der in den Artt 63, 68 EGBGB bezeichneten Art“ gelesen wird „ein Erbbaurecht“. Der neue § 84 Abs 2 hält also den alten § 7 GBO für die vorbezeichneten Rechte sachlich aufrecht. Der Vorbehalt in dem angefügten Abs 3 gestattet der Landesgesetzgebung aber, die Anwendung des Abs 2 (also des früheren § 7 GBO) für diese Rechte auszuschließen und dafür die Anwendung der §§ 14—17 VO vorzuschreiben, wonach namentlich für die Rechte bei der Eintragung in das Grundbuch stets von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen wäre. — Über Zulässigkeit der Aufhebung einer Kohlenabbaugerechtigkeit gemäß § 875 BGB vgl. JFG 4, 354.

§ 38

Für ein Erbbaurecht, mit dem ein Grundstück zur Zeit des Inkrafttretens dieser Verordnung belastet ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend [1]).

1. Die für ein vor Inkrafttreten der VO (§ 35) begründetes Erbbaurecht maßgebend bleibenden bisherigen Gesetze sind, außer den auf das Erbbaurecht bezüglichen formellrechtlichen, das Verfahren vor dem Grundbuchamt betreffenden bisherigen Vorschriften, insbesondere dem durch § 35 VO außer Kraft gesetzten § 7 GBO und dem durch § 37 Abs 1 VO geänderten § 20 GBO, in materiellrechtlicher Hinsicht die §§ 1012—1017 BGB, welche lauten:

§ 1012. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht). [a])
(E I 961 II 924; M 3 469; P 3 281 f.)

§ 1013. Das Erbbaurecht kann auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerkes Vorteil bietet. [b])
(E I 961 II 924; M 3 469; P 3 281 f.)

§ 1014. Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, inssondere ein Stockwerk, ist unzulässig. [c])
(E I 961 II 924; M 3 470; P 3 281 f.)

§ 1015. Die zur Bestellung des Erbbaurechts nach § 873 erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. [d])
(E I 962 II 925; M 3 163, 471; P 3 283 f.; 5 444.)

§ 1016. Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht. [e])
(E I 963 II 927; M 3 473; P 3 284.)

§ 1017. Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften.

Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung. [f])
(E I 781, 962, 964 II 958; M 3 36, 471, 474; P 3 284.)

Hierzu ist als für die weitere Geltung noch in Betracht kommend folgendes zu bemerken:

Im allgemeinen:

Nicht nur die Fragen, ob das Erbbaurecht rechtswirksam begründet ist, ob Inhaltsänderungen, Belastungen, Übertragungen vor dem 22. 1. 1919 rechtsgültig vorgenommen worden sind, in welchem Rangverhältnis zu anderen Rechten am Grundstück das Erbbaurecht steht, sind nach bisherigem Recht zu beurteilen. Nach der allgemeinen, uneingeschränkten Fassung des § 38 VO sind vielmehr auch die nach dem 22. 1. 1919 eintretenden Rechtsakte an dem Erbbaurecht, wie Inhaltsänderungen, Belastungen, Übertragungen, Rangänderungen, nach bisherigem Recht vorzunehmen. Auch für die Frage der Beendigung des Erbbaurechts bleibt das bisherige Recht maßgebend.

Im einzelnen:

a) **§ 1012** stimmt wörtlich mit dem § 1 Abs 1 VO überein. Wesen und Arten des Erwerbs eines bestehenden Erbbaurechts ergeben sich mithin aus VO § 1 A 1 am Anfang. Hinzuzufügen ist, daß ein Erbbaurecht nicht nur unter einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung, sondern (abweichend von § 1 Abs 4 Satz 1 VO) auch unter einer auflösenden Bedingung bestellt werden konnte (**RG** 61, 1). Ausgeschlossen war aber eine Bestellung für die Lebenszeit des Erbbauberechtigten oder unter der auflösenden Bedingung der Veräußerung, weil das Erbbaurecht dann nicht mehr ein veräußerliches und vererbliches Recht wäre (RJA 9, 128). Dagegen war zulässig die Eintragung einer Vormerkung auf Grund der Verpflichtung zur Aufhebung für den Fall der Veräußerung ohne Genehmigung des Eigentümers (RJA 9, 271). Über die Begriffe Grundstück, auf oder unter der Oberfläche, Bauwerk und Recht zum Haben eines Bauwerks vgl. VO § 1 A 3, 7, 8, 9. Das Erbbaurecht konnte nur zugunsten einer natürlichen oder juristischen Person, nicht zugunsten eines Grundstücks (als subjektiv-dingliches Recht) bestellt werden (OLG 15, 359), wohl aber für mehrere zu ideellen Bruchteilen oder zur gesamten Hand (VO § 1 A 5).

b) **§ 1013** entspricht dem § 1 Abs 2 VO. Vgl. dort A 10. Jedoch war und ist Erfordernis für die Erstreckung auf ein Nebenland nicht (wie jetzt nach § 1 Abs 2 VO), daß das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt, sondern daß die Benutzung des Nebenlandes für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bietet. Darunter ist dasselbe zu verstehen wie unter dem Vorteil, den eine Grunddienstbarkeit nach der die Beschränkung des Inhalts einer Grunddienstbarkeit bestimmenden Vorschrift des § 1019 BGB für herrschende Grundstücke haben muß (§ 1019 A 2). Die Erstreckung konnte bei Bestellung des Erbbaurechts oder später und kann auch jetzt noch durch Einigung in der Form des § 1015 BGB und durch Eintragung in das Grundbuch über das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück erfolgen (§§ 873, 877 BGB).

c) **§ 1014** stimmt wörtlich mit § 1 Abs 3 VO überein. Vgl. dort A 11, die auch dafür gilt, daß schon nach § 1014 BGB die Beschränkung auf einen Gebäudeteil unzulässig war.

d) **§ 1015** schrieb für die Einigung bei der Bestellung des Erbbaurechts dieselbe Form (Auflassung) vor wie für die Übertragung des Grundeigentums (§ 925 Abs 1 BGB). Vgl. über diese Form § 925 BGB A 10—13. Eine dem § 925 Abs 2 entsprechende Bestimmung war hier aber nicht aufgenommen. Inwieweit danach die Bestellung eines Erbbaurechts unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen konnte, ist schon in A a gesagt. Über die nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers vgl. § 873 A 7, 8, 9, § 925 A 5—9 und KGJ 21 A 127 (die Bestellung eines Erbbaurechts galt im Hinblick auf die in Preußen erforderliche Genehmigung von Behörden nicht als eine Grundstücksveräußerung). Sie mußte die eingeräumte Benutzungsbefugnis im einzelnen angeben. Der Inhalt des Erbbaurechts war nicht, wie z. B. der des Nießbrauchs, vom Gesetz so bestimmt, daß sich die Beteiligten nur über Einschränkungen des gesetzlichen Inhalts zu einigen gehabt hätten. Das Grundbuchamt hatte zu prüfen, ob das eingeräumte Benutzungsrecht unter den gesetzlichen Begriff des Erbbaurechts (§ 1012) fiel und die Einigung der erforderlichen Bestimmtheit nicht entbehrte. Die außer der Einigung zur Begründung des Erbbaurechts gemäß § 873 Abs 1 erforderliche Eintragung war auf das Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks zu bewirken. Vgl. hierüber A f. Auch formellrechtlich war zur Vornahme der Eintragung (abweichend von § 19 GBO) nach § 20 GBO erforderlich, daß die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles gemäß § 1015 BGB erklärt war. Dieselbe Form der Einigung galt und gilt nach §§ 1017 Abs 2, 925 Abs 1 BGB für die Übertragung des Erbbaurechts, die aber nach §§ 1017 Abs 2, 925 Abs 2 BGB nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen konnte und kann.

Ferner bedurfte und bedarf die rechtsgeschäftliche Änderung des Inhalts, auf die nach § 877 die §§ 873, 874, 876 BGB Anwendung fanden und finden, der gleichen Form der Einigung. Denn auch hierdurch wurde und wird ein Erbbaurecht (mit anderem Inhalt als bisher) „bestellt", so daß § 873 hinsichtlich der Form der Einigung durch § 1015 BGB ersetzt wurde und wird (str.). § 1015 BGB findet nach Art 68 EGBGB auf die landesrechtlich zugelassene Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Recht zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals entsprechende Anwendung, dagegen nach Art 63 EGBGB nicht auf den landesrechtlichen Erbpachtvertrag mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts.

e) **§ 1016** stimmt wörtlich mit § 13 VO überein. Vgl dort A 1, 2 über Nichterlöschen des Erbbaurechts beim Untergang des Bauwerks. Die Vorschrift konnte und kann aber durch Vereinbarung der Beteiligten geändert, insbesondere der Untergang als auflösende Bedingung oder als Endtermin für das Erbbaurecht gesetzt werden (OLG 31, 333). Die früheren Bestandteile des untergegangenen Bauwerks (Baumittelstücke) gehören demjenigen, welcher Eigentümer des Bauwerks war (§§ 955, 953, 95 Abs 1 Satz 2 BGB). Bestand das Bauwerk bereits zur Zeit der Begründung des Erbbaurechts, so ist es im Eigentum des Grundstückseigentümers geblieben; ist es erst vom Erbbauberechtigten in Ausübung der Berechtigung erbaut worden, so gehört es dem Erbbauberechtigten (§§ 93, 94 Abs 1 oder 95 BGB; KGJ 25 A 141; 39 B 90; OLG 26, 126; 31, 333; vgl. **RG** JW 03 Beil 90). Eine Pflicht des Erbbauberechtigten oder des Grundstückseigentümers zur Wiederherstellung des Bauwerks besteht nicht. Wohl aber hat der Erbbauberechtigte, da sein Erbbaurecht bestehen bleibt, die Befugnis zur Wiederherstellung. Ist der Erbbauberechtigte Eigentümer des untergegangenen Bauwerks gewesen, so ist er berechtigt, die übriggebliebenen Stücke des Bauwerks wegzunehmen.

f) **§ 1017** Abs 1, 2 entspricht dem § 11 Abs 1 Satz 1 VO. Die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften, die auf das Erbbaurecht Anwendung zu finden hatten und noch Anwendung zu finden haben, behandelt die Darstellung in VO § 11 A 1. Wegen der Notwendigkeit der im § 1015 BGB vorgeschriebenen Form der Einigung bei der Bestellung, der Übertragung und der Änderung des Inhalts des Erbbaurechts vgl. oben A d. Über die Rechte, mit denen ein Erbbaurecht belastet werden kann, und über die Erfordernisse für die Belastung: VO § 11 A 1 unter „belastet"; das dort Gesagte gilt auch für die nach bisherigem Recht begründeten Erbbaurechte. Das Erbbaurecht endigt (erlischt) zwar nicht durch Untergang des Bauwerks (§ 1016 BGB; oben A e), wohl aber durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder des bestimmten Endtermins (§§ 158 Abs 2, 163 BGB), ferner durch rechtsgeschäftliche Aufhebung gemäß §§ 875, 876, 878 BGB (RJA 8, 278), durch Verjährung gemäß § 901 BGB (RJA 8, 278) und durch Zuschlag des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks in der Zwangsversteigerung gemäß § 91 ZVG. Dagegen endigt es nicht durch Aufhebung gemäß § 928 BGB, da die auf den „Verlust" des Grundeigentums bezüglichen Sondervorschriften nicht für anwendbar erklärt sind (RJA 8, 279). Der § 927 BGB (Erwerb des Eigentums auf Grund Ausschlußurteils für den Eigenbesitzer) findet Anwendung, da es sich um eine den „Eigentumserwerb" betreffende Vorschrift handelt, obwohl mit dem Erwerb zugleich ein Verlust des früheren Eigentums (Erbbaurechts) verbunden ist (str.). Dadurch allein, daß das Erbbaurecht sich mit dem Eigentum am Grundstück in einer Person vereinigt, geht das Erbbaurecht gemäß § 889 BGB noch nicht unter (OLG 31, 334). Mit der Beendigung des Erbbaurechts erlöschen auch die Belastungen, und zwar nicht nur an dem Erbbaurecht selbst, sondern auch an dem Bauwerk, auf das sie sich erstreckten, gleichviel, ob es dem Erbbauberechtigten oder dem Grundstückseigentümer gehört. — Aber die zur Wirksamkeit der vorbezeichneten Rechtsakte, soweit sie rechtsgeschäftlicher Natur sind, nach §§ 873 oder 875 BGB erforderlichen Eintragungen in das Grundbuch ist zu bemerken: Die Eintragung der Erbbaurechtsbestellung als einer Grundstücksbelastung hatte in das Grundbuchblatt über das mit dem Erbbaurecht zu belastende Grundstück zu erfolgen (in Preußen in Abteilung II). Dabei konnte gemäß § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf die Erklärung der Einigung der Beteiligten über die Bestellung (§ 20 GBO) Bezug genommen werden (JFG 2, 307). Das galt jedoch nicht für Bedingungen und Befristungen, da sie nicht zum Inhalt des Rechts gehören (KGJ 49, 189). Auf Antrag mußte und muß gemäß § 7 Abs 1 Satz 1 GBO für das so eingetragene Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt unter Vermerk auf dem Blatt des Grundstücks (§ 7 Abs 2 GBO) angelegt werden. Sollte oder soll das Recht veräußert oder belastet werden, so erfolgte und erfolgt die Anlegung des besonderen Grundbuchblatts gemäß § 7 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen. Auf dieses Blatt wurde und wird die Übertragung, auch die im Wege der Zwangsversteigerung, oder die Belastung gebucht (RJA 5, 202). Ein Erbbauzins, der dem Erbbaurecht nicht wesentlich war, gehörte und gehört ebenfalls zu den zulässigen Belastungen des Erbbaurechts. Er war und ist als eine dem jeweiligen Grundstückseigentümer zustehende (subjektiv-dingliche) Reallast (§ 1105 Abs 1, 2 BGB) auf das Blatt über das Erbbaurecht einzutragen. Dagegen war und ist eine nachträgliche Änderung des Inhalts oder des Ranges des Erbbaurechts maßgeblich wiederum auf das Blatt für das Grundstück einzutragen; ist jedoch ein Blatt für das Erb-

baurecht angelegt, so ist die Inhaltsänderung darin nachzutragen. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Aufhebung oder des sonstigen Erlöschens des Erbbaurechts ist die Löschung ebenfalls auf dem Blatt für das Grundstück zu bewirken; ein Blatt für das Erbbaurecht ist zu schließen. Dieses Blatt galt und gilt als Grundbuch im Sinne des BGB (§ 3 Satz 2 GBO), z. B. für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach §§ 891—893 BGB. Letzteres gilt jedoch im Falle der Nichtübereinstimmung mit dem Grundbuchblatt für das Grundstück nur hinsichtlich der Übertragungen und Belastungen des Erbbaurechts, während hinsichtlich des Bestehens, des Inhalts und des Ranges des Erbbaurechts das Blatt für das Grundstück maßgebend ist.

Da nicht nur die Vorschriften des Sachenrechts, die sich auf Grundstücke beziehen, sondern auch solche Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse für das Erbbaurecht gelten, bedurfte auch der schuldrechtliche Vertrag auf Bestellung des Erbbaurechts und bedurfte und bedarf auch der schuldrechtliche Vertrag auf Übertragung des Erbbaurechts der Form des § 313 Satz 1 BGB (Prot 1, 464; RG 61, 4; OLG 26, 126). Auch § 313 Satz 2 fand und findet Anwendung. Denn wenn auch die Bestellung und Übertragung nicht als Auflassung bezeichnet wurden (§ 20 GBO), verlangt doch das Gesetz (§§ 1015, 1017 Abs 2) für die Einigung eine der Auflassung gleiche Form. Über die für das Erbbaurecht geltenden Ansprüche aus dem Eigentum vgl. VO § 11 A 2.

Auf die vor Inkrafttreten des BGB begründeten Erbbaurechte finden nach Art 184 EGBGB die §§ 1012 ff. mit Ausnahme des § 1017 keine Anwendung (OLG 18, 144). An die Stelle des § 1017 ist jetzt § 11 VO getreten. Über die in Artt 63, 68 EGBGB bezeichneten Rechte: VO § 37 A 3.

§ 39

Erwirbt ein Erbbauberechtigter auf Grund eines Vorkaufsrechts oder einer Kaufberechtigung im Sinne des § 2 Nr 7 das mit dem Erbbaurechte belastete Grundstück oder wird ein bestehendes Erbbaurecht erneuert, so bleiben reichs-, landesgesetzliche und kommunale Gebühren, Stempel- und Umsatzsteuern jeder Art insoweit außer Ansatz, als sie schon bei Begründung des Erbbaurechts entrichtet worden sind [1]).

1. Durch diese Bestimmung wird eine begrenzte Befreiung von den darin genannten Steuern gewährt für den Fall, daß der Erbbauberechtigte auf Grund eines ihm zustehenden (persönlichen oder dinglichen) Vorkaufsrechts (§§ 504, 1094 BGB) oder einer Kaufberechtigung nach § 2 Nr 7 VO das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück erwirbt oder daß ihm auf Grund eines Erneuerungsvorrechts gemäß § 2 Nr 6 VO das durch Zeitablauf erloschene Erbbaurecht erneuert wird (§ 2 A 9). Die Befreiung tritt aber nur insoweit ein, als gleichartige Steuern bereits bei Begründung des Erbbaurechts entrichtet worden sind.

Fünfter Abschnitt

Dienstbarkeiten [1])

Erster Titel

Grunddienstbarkeiten

§ 1018

Ein Grundstück [2]) kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks [3]) in der Weise [4]) belastet werden [5]), daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen [6]) benutzen darf [7]) oder daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen [8]) oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt (Grunddienstbarkeit) [9]).

E I 966 II 929; M 3 478 ff.; P 3 286 ff., 305 ff., 327 f.

1. Das BGB kennt nur drei Arten von **Dienstbarkeiten:** die Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 bis 1029), den Nießbrauch (§§ 1030—1089) und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1090—1093). Die Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht an fremder Sache, kraft dessen dem

Berechtigten der in einem weiteren als dem gewöhnlichen Sinne zu verstehende Gebrauch einer Sache in gewissen Beziehungen zusteht (M 3, 475ff.: KGJ 51, 292). Gemeinschaftliche Bestimmungen für alle drei Arten der Dienstbarkeiten enthält das BGB nicht. Es haben nur einige Vorschriften für die einzelnen Rechte den gleichen Inhalt (vgl. §§ 1024, 1027, 1060, 1065, 1090). Der Nießbrauch kann bestehen sowohl an beweglichen Sachen als auch an Grundstücken, an Rechten und an einem Vermögen. Dagegen sind Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nur an Grundstücken möglich. Die Vorschriften, die den Inhalt einer Dienstbarkeit beschränken (z. B. §§ 1018, 1019), haben zwingenden Charakter. Sie unterliegen also nicht der Abänderung durch Vereinbarung der Beteiligten (KGJ 21 A 310). Der Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sind unvererblich und unübertragbar (§§ 1059, 1061, 1090 Abs 2, 1092). Sie sind subjektiv-persönliche Rechte (Berechtigter nur eine Person), während die Grunddienstbarkeiten subjektiv-dingliche Rechte (Berechtigter nur ein anderes Grundstück) sind. — Die Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze in EG Artt 109 (Enteignung), 113 (Zusammenlegung von Grundstücken usw.), 114 (Ablösungsrenten), 128 (buchungsfreie Grundstücke) beziehen sich auf alle Dienstbarkeiten, der Vorbehalt in Art 115 EG (Beschränkung oder Untersagung) nur auf Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. Vgl. auch EG Artt 117 (Verschuldungsgrenze), 112 (Bahneinheiten), 120 (Unschädlichkeitszeugnis), 164 (Berechtigung der Realverbände). Übergangsvorschriften enthalten die Artt 184, 187, 189, 191 EG (vgl. zu Art 184 für rheinisches Recht **RG** 104, 148). Danach richtet sich bis zur Anlegung des Grundbuchs auch nach Inkrafttreten des BGB die Begründung der Dienstbarkeiten an einem Grundstück nach den bisherigen Gesetzen; ebenso die Aufhebung, bis das Recht eingetragen ist (Art 189). Die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Dienstbarkeiten bleiben bestehen und bedürfen, wenn sie zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art 186 Abs 1 EG; in Preußen, soweit bereits Grundbücher bestanden, mit Inkrafttreten des BGB: Art 3 der VO v. 13. 11. 99), auch zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung, soweit nicht landesgesetzlich etwas anderes bestimmt ist (Artt 184, 187). Die Frage der Gültigkeit ihrer Entstehung ist auch dann nach dem früheren Recht zu beurteilen, wenn die Dienstbarkeit unter der Geltung dieses Rechts vom Nichteigentümer an fremdem Grund und Boden bestellt worden ist und der Eigentümer die Bestellung erst nach dem 1. 1. 1900 genehmigt hat (**RG** SeuffA 86 Nr 109). Von dem Berechtigten oder dem Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die Eintragung verlangt werden (Art 187 Abs 1 Satz 2 EG). Dann muß dem Grundbuchamt nachgewiesen werden nicht nur, daß die Grunddienstbarkeit überhaupt begründet worden ist, sondern auch, daß sie bereits in jenem Zeitpunkt bestanden hat (KGJ 51, 255). Geschieht dies, so ist die Grunddienstbarkeit mit dem Range vor den nach jenem Zeitpunkt eingetragenen Hypotheken und sonstigen Rechten einzutragen (KGJ 51, 257). Art 191 bezieht sich auf den Besitzschutz für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. — Die den Inhalt einer Dienstbarkeit bildenden Befugnisse können einer Person auch durch einen rein schuldrechtlichen Vertrag mit Wirkung nur zwischen den Vertragschließenden gewährt werden (**RG** Warn 09 Nr 69; **RG** 1. 3. 30 V 15/29).

2. Grunddienstbarkeiten sind **nur möglich an Grundstücken** sowie an Erbbaurechten (§ 1017 Abs 1; VO v. 15. 1. 19 § 11) und an den andern in Artt 63, 68, 196 EG bezeichneten (landesrechtlichen) Rechten mit Grundstücksnatur. Vgl. hierüber Vorbem 4 vor § 873 (Grunddienstbarkeit an einer Abbaugerechtigkeit). Ein Recht zum Schöpfen von Leitungswasser aus städtischen Rohrleitungen kann nicht als Grunddienstbarkeit begründet werden, da die Rohrleitungen bewegliche Sachen sind (OLG 45, 222). Eine Grunddienstbarkeit kann aber auch an einem bestimmten, abgegrenzten Teil eines Grundstücks bestellt werden (§ 1026). Einer Abschreibung des belasteten Teiles bedarf es nach § 6 Satz 2 GBO nicht, wenn keine Verwirrung zu besorgen ist (KGJ 53, 171). Vgl. jedoch § 96 GBO (dazu OLG 21, 42). Verschieden hiervon ist die an dem ganzen Grundstück begründete Grunddienstbarkeit, deren jeweilige Ausübung auf einen Teil des Grundstücks beschränkt ist (§§ 1023, 1026; SeuffA 75 Nr 31). Dies zeigt sich bei dem Ersatzanspruch des Berechtigten für den Wegfall der Dienstbarkeit im Zwangsversteigerungsverfahren. Der Ersatzanspruch nach § 92 ZVG ergreift in diesem Falle den nach Befriedigung der vorgehenden Rechte verbleibenden Erlös des ganzen Grundstücks, während bei einer nur einen Grundstücksteil belastenden Grunddienstbarkeit auch nur ein verhältnismäßiger Teil dieses Erlöses in Anspruch genommen werden kann (RJA 2, 104; 12, 167; OLG 21, 42). Über die Frage, ob mehrere Grundstücke mit ein und derselben Dienstbarkeit belastet werden können, vgl. A 5. — Auch an Privatflüssen und selbst an öffentlichen Flüssen ist eine Grunddienstbarkeit (z. B. eine subjektiv-dingliche Fischereigerechtigkeit) rechtlich möglich. Denn der nach örtlichen Grenzen bezeichnete Teil eines Flusses ist ein bestimmbarer und bestimmter, räumlich abgegrenzter Abschnitt der Erdoberfläche, also ein Grundstück (M 3 S. 48, 54), und wenn auch nach Landesrecht (Art 65 EG; z. B. nach früherem preußischem Recht) kein Privateigentum an öffentlichen Flüssen bestehen mag (§ 903 A 1), so schließt doch auch bei diesen Flüssen der Gemeingebrauch (§ 906 A 5) die Ausübung eines besonderen begrenzten dinglichen Rechts nicht aus (**RG** 53, 98; Gruch 44, 929). Dasselbe gilt von Grunddienstbarkeiten an öffentlichen Wegen und Plätzen (**RG** JW 95, 362[9];

97, 48[1]; 1927, 797[3]; OLG 15 S. 363, 364). Dadurch, daß die Benutzung später mit den öffentlichen Bedürfnissen in Widerspruch gerät, wird eine solche Grunddienstbarkeit nicht aufgehoben, es sei denn, daß sie von vornherein unter einer entsprechenden auflösenden Bedingung bestellt worden war (JW 1927, 797[3]). Wegen der dem öffentlichen Recht angehörenden, daher vom BGB nicht berührten servitutarischen Rechte der Straßenanlieger an öffentlichen Straßen vgl. für preuß. und rhein. Recht RG 7, 213; 10, 271; 25, 242; 30, 246; 44, 282; 56, 101; 62, 89; JW 99 381[45]; 01, 144[16]; 02, 192[45]; 07, 155[41]; 09, 87[26]; 1912, 868[27]; Gruch 44, 970; 58, 502; 65, 362 OLG 15, 362; dagegen für gemeines Recht RG 21, 191; 51, 251; JW 02, 319[41]; SeuffA 44 Nr 306. Über den Gemeingebrauch an Straßen: § 905 A 1, 4. Die Haftung einer Stadtgemeinde nach § 367 Nr 14 StGB, § 823 Abs 2 BGB, wenn infolge der Erhöhung einer Straße die anliegenden Häuser durch Ansammlung von Sickerwasser Schaden erleiden, ist behandelt in RG Warn 1915 Nr 51. Anderseits ist in RG Gruch 65, 362 ausgesprochen, daß der Anlieger an einer die Dorfstraße bildenden Kreischaussee nach preuß. Recht nicht Ersatz des nach einer Erhöhung der Straße seinem Grundstück infolge vermehrten Zuflusses des Regenwassers erwachsenen Schadens vom Kreise verlangen kann. — Zulässig ist auch eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt, daß eine Eisenbahnanlage auf dem Gelände des dienenden Grundstücks für ein von dem herrschenden Grundstück herangeführtes Anschlußgleis oder ein über das dienende Grundstück zu einer Staatseisenbahn führendes Anschlußgleis für das herrschende Grundstück benutzt werden darf (RG JW 1911, 467[51]; 1912, 851[3]; Gruch 52, 1200; vgl. aber auch RG 58, 264). Die Staatseisenbahnverwaltung (jetzt Verwaltung der Reichsbahn), die vertragsmäßig einem Privatunternehmen Anschluß an ihre Gleise einräumt, ist aber durch § 43 des preuß. KleinbahnGes. v. 28. 7. 92 oder durch § 4 des preuß. EisenbahnGes. v. 3. 11. 1838 nicht behindert, sich ein jederzeit zulässiges Kündigungsrecht auszubedingen (RG Gruch 64, 368). — An dem Bruchteil (ideellen Teil) eines Grundstücks ist eine Grunddienstbarkeit nicht möglich. Wird daher nur der Bruchteil eines im Miteigentum stehenden Grundstücks zwangsversteigert und bleibt nach den Versteigerungsbedingungen die auf dem ganzen Grundstück lastende Grunddienstbarkeit nicht bestehen, so erlischt sie mit dem Zuschlag nicht nur an dem versteigerten Bruchteil, sondern auch an dem Rest des Grundstücks (JW 1933, 626[11]).

3. Nur der **jeweilige Eigentümer eines andern Grundstücks** oder der jeweilige Inhaber eines Erbbaurechts (§ 1017 Abs 1, VO v. 15. 1. 19 § 11) oder der andern in Artt 63, 68, 196 EG bezeichneten (landesrechtlichen) Rechte mit Grundstücksnatur (OLG 45, 221) kann der Grunddienstbarkeitsberechtigte sein, nicht eine bestimmte natürliche oder juristische Person. Für diese (z. B. für eine Stadtgemeinde) kann eine dem § 1018 entsprechende Belastung eines Grundstücks nur als beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090) begründet werden (RG 54, 246; § 1019 A 4). So z. B. auch das Recht einer Eisenbahngesellschaft (der Reichsbahn), ein Grundstück für ihre Eisenbahngleise benutzen zu dürfen (RG 8, 207). Doch kann eine Grunddienstbarkeit unter der auflösenden Bedingung bestellt werden, daß sie erlöschen soll, falls das herrschende Grundstück in das Eigentum einer anderen Person als eines Abkömmlings des gegenwärtigen Eigentümers gelangt. Denn dann ist der jeweilige Eigentümer berechtigt, vorausgesetzt, daß er ein Abkömmling des gegenwärtigen Eigentümers ist (RJA 12, 69). Ferner ist eine Grunddienstbarkeit für ein gewerbliches Unternehmen dann zulässig, wenn durch die Benutzung des belasteten Grundstücks zum Vorteile des Betriebs des Gewerbes mittelbar auch dem Grundstück, auf dem das Gewerbe (z. B. eine Wassermühle, ein Tonwerk, eine Ziegelei, Zuckerfabrik, Gastwirtschaft) betrieben wird und das für den Gewerbebetrieb besonders und dauernd eingerichtet ist, Vorteile zufließen (RG 30, 205; JW 98, 314[109]; 99, 547[56]; 00, 676[46]; 05, 393[12]; Warn 1913 Nr 154; Gruch 50, 105; 57, 188; OLG 15, 360; KGJ 52, 175; § 1019 A 4). — Unter Grundstück ist hier wie auch sonst im BGB eine räumlich abgegrenzte Bodenfläche zu verstehen, die auf einem besonderen Grundbuchblatt für sich allein oder auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnisse der Grundstücke eingetragen steht (§ 873 A 4). Daher kann eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines realen Grundstückteils nur bestellt werden, wenn der Teil durch Abschreibung zu einem selbständigen Grundstück umgestaltet wird. Die Bestimmung des § 6 Satz 2 GBO, wonach ein Grundstücksteil mit einer Dienstbarkeit oder einer Reallast belastet werden kann, ohne daß er abgeschrieben und als selbständiges Grundstück eingetragen zu werden braucht (A 2), kann als Ausnahmevorschrift auf den Grunddienstbarkeitsberechtigten (das herrschende Grundstück) keine entsprechende Anwendung finden (str.; KGJ 53, 171; OLG 43, 6). Zulässig ist aber die Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit der Bestimmung, daß die Ausübung nur zugunsten eines realen Grundstücksteils statthaft sein soll. Denn der begünstigte Teil braucht kein selbständiges Grundstück zu sein. Für die Ausübung genügt es vielmehr, wenn er durch Karte und Beschreibung deutlich gekennzeichnet ist (OLG 43, 6). Zugunsten des Bruchteils eines Grundstücks kann eine Grunddienstbarkeit nicht bestehen (Prot 3, 310). Jedoch kann nach § 1009 das herrschende Grundstück im Miteigentum mehrerer stehen, während das dienende Grundstück einem der Miteigentümer allein gehört, und umgekehrt. Über Unzulässigkeit der Bestellung einer Grunddienstbarkeit für mehrere Grundstücke sowie über eine Grunddienstbarkeit für eine Realgemeinde s. A 5. — Die Grunddienstbarkeit ist

Bestandteil des herrschenden Grundstücks (§ 96). Ihre Abtrennung von diesem Grundstück und ihre gesonderte Übertragung ist unzulässig. Denn nach § 1019 gehört zu ihrem Wesen, daß sie gerade diesem Grundstück zum Vorteil dient (KGJ 43, 132; OLG 34, 194). — Daß das dienende und das herrschende Grundstück benachbart sind, ist nicht erforderlich (OLG 6, 120).

4. Die **Belastung kann nur in der Weise** erfolgen, wie sie im § 1018 angegeben ist. Die Begrenzung des Inhalts ist zwingend. Durch Vereinbarung der Beteiligten kann der Inhalt nicht erweitert werden. Die Eintragung einer Grunddienstbarkeit mit einem anderen als dem von § 1018 zugelassenen Inhalt ist nichtig (KGJ 21 A 310). Daher darf namentlich nicht eine Verpflichtung zu einer Leistung, einem Handeln, einem Tun dem Eigentümer des belasteten Grundstücks auferlegt werden, soweit nicht die Sondervorschriften der §§ 1021, 1022 über die Unterhaltung einer der Grunddienstbarkeit dienenden Anlage Platz greifen (RG 58, 272; RJA 1, 28; 11, 134; OLG 8, 127). Denn nur auf Dulden der Benutzung oder auf Unterlassung gewisser Handlungen kann nach § 1018 die Grunddienstbarkeit gerichtet sein. Leistungen aus einem Grundstück können nur als Reallasten dem Grundstück auferlegt werden, sofern die Voraussetzungen des § 1105 (z. B. daß die Leistungen wiederkehrende sein sollen) gegeben sind (RJA 1, 28; 11, 134; OLG 2, 491; 8, 126; 26, 101; KGJ 26 A 276). Deshalb kann z. B. nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein: die Verpflichtung, auf Verlangen des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks über eine bestimmte Grenzlinie hinüberragende Gebäude oder Gebäudeteile auf eigene Kosten zu beseitigen (RJA 1, 25; KGJ 26 A 274; OLG 18, 146); die Verpflichtung, eine Anlage (z. B. ein Eisenbahngleis, eine Überfahrt, eine Einfriedigung) dauernd zu unterhalten, wenn diese Verpflichtung die alleinige oder doch hauptsächliche Belastung des Grundstücks enthalten soll (RG 58, 272; OLG 8, 126; 26, 82). Ferner können rein schuldrechtliche Verpflichtungen, wie überhaupt nicht Gegenstand dinglicher Rechte, so auch nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein (RG 58, 272; 60, 320; KGJ 21 A 310; 22 A 152; 25 A 148; 26 A 274; 49, 196; OLG 2, 491; 3, 291; 43, 8). So z. B. nicht: der Verzicht auf Entschädigung für Nachteile, die dem Grundstück durch den Betrieb einer Eisenbahn oder durch den Betrieb eines Bergwerks oder durch Kanalisationsarbeiten erwachsen (KGJ 21 A 310; 22 A 152; 49, 196; OLG 3, 291); die Verpflichtung des Eigentümers, sich mit einer bestimmten Entschädigung zu begnügen, wenn späterhin eine Grundfläche zu Straßenland gezogen werden sollte (KGJ 25 A 148). Wie aus den §§ 1021, 1022 zu entnehmen ist, kann aber ein Tun Nebenbestandteil einer nach dem Hauptinhalt als Grunddienstbarkeit sich darstellenden Belastung sein. Beispielsfälle: die Hauptbelastung besteht in der Unterlassung der Beseitigung eines zum Windschutz dienenden Waldstreifens, die Nebenverpflichtung in der etwa nötig werdenden Aufforstung des Streifens (RJA 11, 133); der Hauptinhalt ist, daß einer Mühle nicht durch Bäume der Wind genommen werden darf, die Nebenverpflichtung, Bäume nötigenfalls zu kappen (OLG 26, 81). Dagegen stellt sich die bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit auf Duldung von Einwirkungen von einem Nachbargrundstück aus (A 9) getroffene Bestimmung, daß die Einwirkung „ohne Entschädigung" zu dulden sei, nicht als eine solche Nebenbestimmung des dinglichen Rechts dar, auch nicht als ein zur Grunddienstbarkeitsbelastung geeigneter Ausschluß der Ausübung eines Rechts, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück ergibt, sondern als ein gegenüber jener Grunddienstbarkeit selbständiger, lediglich schuldrechtlicher Verzicht auf Entschädigung, der nur zwischen den Vertragschließenden wirkt. Diese Bestimmung kann daher nicht, auch nicht zugleich mit jener Grunddienstbarkeit, eingetragen werden (str.; KGJ 49, 199; vgl. jedoch JW 1921, 584[1]). Vgl. auch § 1105 A 7 (Erhaltung eines Zustandes als Reallast). Das Reichsgericht erachtet aber die Eintragung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Bergwerks (das nach § 50 Abs 2 PrAllgBergG einem Grundstück gleichsteht) mit dem Inhalt für zulässig, daß der Bergwerkseigentümer berechtigt sein soll, Abbau zu treiben ohne Verpflichtung zur Entschädigung für die dem belasteten Grundstück entstehenden Bergschäden (RG 119, 211), auch wenn die von dem Bergbaubetrieb ausgehenden Einwirkungen auf das belastete Grundstück nicht über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinausgehen sollen (RG 130, 350). Diese Ansicht erscheint nicht unbedenklich. Wie das Reichsgericht anerkennt, wäre die Eintragung einer Grunddienstbarkeit, welche die Duldung der lediglich nach dem Gesetz zulässigen Einwirkungen zum Inhalt hätte, als überflüssige Belastung des Grundbuchs abzulehnen (RG 119, 213; 130, 354; JFG 3, 329). Die Duldungspflicht wird aber weder dadurch erweitert oder verändert, daß in dem der Grunddienstbarkeitbestellung, wie regelmäßig, zugrundeliegenden Vertrag die lediglich der gesetzlichen Duldungspflicht entsprechende Einwirkung gestattet wird, noch dadurch, daß in dem Vertrage festgesetzt wird, das aus § 148 PrAllgBergG sich ergebende Recht auf Entschädigung solle für die gesetzlich zulässigen Einwirkungen ausgeschlossen sein. Man kann die Eintragung der Grunddienstbarkeit auch nicht deshalb für zulässig erachten, weil die Ausschließung des Rechts auf Entschädigung sich als Ausschließung eines Rechtes im Sinne des dritten Falles des § 1018 darstelle. Denn hier entspringt das ausgeschlossene Recht nicht aus dem Eigentum am belasteten Grundstück (A 9), sondern aus den Einwirkungen, die auf das belastete Grundstück künftig erfolgen möchten. Aber auch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit, welche die Duldung von Einwirkungen über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinaus zum Inhalt hat, wird dann für unzulässig zu erachten

sein, wenn die Duldungspflicht verbunden ist mit dem Ausschluß des Rechts auf Entschädigung für die Einwirkungen. Denn der Verzicht auf die Entschädigung ist dabei so sehr die Hauptsache, daß ihm gegenüber die Duldungspflicht zurücktritt. — Dem herrschenden Grundstück kann nicht als Inhalt der Grunddienstbarkeit eine Verpflichtung zur Gegenleistung auferlegt werden, weil dies auf eine Grunddienstbarkeit gegen das herrschende Grundstück mit dem Inhalt einer Leistung hinauskäme (OLG 8, 126). Doch ist es zulässig, daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit im einzelnen Fall von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird; denn hierin liegt nur eine Beschränkung des Inhalts (RG 79, 379; § 1021 A 5).

5. Eine **rechtsgeschäftliche Belastung** im Sinne des § 1018 erfolgt gemäß § 873 unter Anwendung der §§ 874, 878 durch Einigung der Eigentümer des zu belastenden und des später herrschenden Grundstücks und Eintragung im Grundbuch. Über das Wesen der **Einigung** und die Erfordernisse für ihre Rechtsgültigkeit: § 873 A 7, 8, 9. Zu betonen ist hier besonders, daß der Inhalt der Einigung streng nach dem Wortlaut der Eintragung und der in ihr in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ohne Rücksicht auf einen etwa abweichenden Parteiwillen auszulegen ist (RG 131, 168; JW 1930, 3851[1]; SeuffA 84, 115; für alte Dienstbarkeiten aber auch RG HRR 1932 Nr 2161). Daher kommt eine ergänzende Auslegung nach dem mutmaßlichen Willen, den die Beteiligten gehabt haben würden, wenn sie Umstände berücksichtigt hätten, die sie nicht erwogen haben, hier erst recht nicht in Betracht (RG SeuffA 86 Nr 150). Die Einigung bedarf zur materiellrechtlichen Gültigkeit keiner Form. Ebensowenig ist in der Regel die Übernahme der Verpflichtung zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit formbedürftig (Ausnahme z. B. im Falle der Schenkung: § 518). Der Anspruch aus einer solchen Verpflichtungsübernahme kann durch Vormerkung gesichert werden (KGJ 40, 127). Die Einigung kann auch stillschweigend erfolgen. Jedoch liegt eine rechtswirksame Bestellung einer Grunddienstbarkeit noch nicht allein darin, daß ein Eigentümer zweier Grundstücke, von denen das eine dem anderen bereits tatsächlich dient, ein Grundstück veräußert; denn es fehlt dazu die Eintragung (RG JW 1912, 361[32]; 1912, 851[3]; anders RG 13, 249; 38, 286; 49, 236; JW 95, 233[33]; Gruch 35, 1034; 47, 959; 29. 5. 11 V 516/10; OLG 26, 84 nach früherem Recht). Unter Umständen kann aber aus dem Veräußerungsvertrage der Wille der Beteiligten entnommen werden, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks verpflichtet ist, eine Grunddienstbarkeit zu bestellen. Das wird namentlich dann zutreffen, wenn die Benutzung des einen Grundstücks für das andere notwendig ist (z. B. wenn eine Gleisanlage zum Anschluß an eine Staatseisenbahn über beide Grundstücke geht oder wenn eine dem veräußerten Grundstück zum Vorteil gereichende Stauanlage in dem zum andern Grundstück gehörenden Privatfluß besteht). Kommt dann der Eigentümer dieser Verpflichtung nach, wozu er von dem anderen Teil angehalten werden kann, so entsteht die Grunddienstbarkeit erst durch die Eintragung (RG JW 1912, 361[32]; 1912, 851[3]; vgl. auch RG Gruch 47, 959; M 3, 478; Prot 3, 286). — Eine Grunddienstbarkeit kann, da eine ausschließende Bestimmung fehlt, auch unter einer Bedingung (§ 158) oder Befristung (§ 163) bestellt werden, sofern dadurch der Begriff der Grunddienstbarkeit nicht berührt wird. Zulässig ist daher die Bestellung z. B. unter der auflösenden Bedingung, daß die Dienstbarkeit erlöschen soll, wenn ein späterer Eigentümer des herrschenden Grundstücks nicht ein Abkömmling des gegenwärtigen Eigentümers ist oder wenn eine entsprechende Grunddienstbarkeit auf einem anderen Grundstück gelöscht wird (RJA 12, 69; KGJ 46, 225; OLG 31, 334). Für oder gegen mehrere Grundstücke kann nicht ein und dieselbe Grunddienstbarkeit bestellt werden. Denn das Wesen jeder einzelnen Grunddienstbarkeit besteht gerade darin, daß die Benutzung eines besonders gearteten Grundstücks speziell einem anderen Grundstück zum Vorteil gereicht. Allerdings kann ein ganzes Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, deren Ausübung sich nur auf einen Teil des Grundstücks erstreckt. Die anderen Teile sind dann aber nur als unselbständige Grundstücksbestandteile mitbelastet (insbesondere für den Werterſatz nach § 92 ZVG: A 2) und können nach § 1026 im Falle der Grundstücksteilung von der Dienstbarkeit frei werden. Die Grundsätze von der Sicherung einer Forderung durch eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesamthypothek) finden auf die Dienstbarkeit keine Anwendung (RJA 12, 167). Jedoch kann eine Dienstbarkeit dann auf mehrere Grundstücke als Gesamtbelastung eingetragen werden, wenn ihre Ausübung (z. B. die eines Wegerechts) sich auf die mehreren Grundstücke erstreckt (RJA 12, 170). Auch können mehrere Grunddienstbarkeiten mit gleichem Inhalt für oder gegen mehrere Grundstücke bestellt werden. Da zur Bestellung eine Einigung zwischen dem Passivbeteiligten und dem Aktivbeteiligten erforderlich ist, kann der Eigentümer zweier Grundstücke nicht das eine zugunsten des andern oder der Eigentümer eines Grundstücks dessen einen Teil zugunsten des anderen Teils mit einer Grunddienstbarkeit belasten (a. M. neuerdings RG 142, 231). Hierzu und zu der Ausnahme des § 1009 für den Fall, daß das eine Grundstück im Miteigentum mehrerer, das andere im Alleineigentum eines der Miteigentümer steht: § 873 A 7a und KGJ 39 A 127 (Bestellung eines Fensterrechts durch den Eigentümer zweier Grundstücke für den Fall, daß ein Grundstück veräußert werden sollte). — Die Grunddienstbarkeit wird auf das Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks **eingetragen.** Sie kann daneben auf Antrag auch auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks vermerkt werden (§ 8 GBO). Zunächst muß sie aber auf das dienende Grundstück eingetragen wer-

den (KGJ 25 A 142). Weichen die Eintragungsvermerke auf dem dienenden und auf dem herrschenden Grundstück inhaltlich voneinander ab, so entscheidet für den Rechtsbestand der Dienstbarkeit und für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs allein die Eintragung auf dem dienenden Grundstück (**RG** HRR 1929 Nr 304). Zur Vornahme der Eintragung ist formellrechtlich gemäß § 19 GBO die Bewilligung der Eintragung durch den Passivbeteiligten erforderlich und genügend. Des Nachweises der Einigung bedarf es nicht. Die Bewilligung muß in der durch § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form erklärt werden. Die Eintragung erfolgt in Preußen auf dem belasteten Grundstück in Abt II, auf dem herrschenden Grundstück im Verzeichnisse der mit dem Eigentum verbundenen Rechte (§§ 8, 11 Nr 1a der Vf v. 20. 11. 99). Die Eintragung muß so erfolgen, daß jedermann aus dem Grundbuch und den zugehörigen Urkunden den Inhalt der Eintragung klar ersehen kann (KGJ 26 A 273; 46, 223; 51, 254). Im Eintragungsvermerk kann nach § 874 zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Grunddienstbarkeit auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Dagegen ist eine Bezugnahme auf baupolizeiliche Vorschriften, die nicht in der Eintragungsbewilligung wiedergegeben sind, unzulässig (KGJ 46, 221; OLG 34, 226). Soll die Grunddienstbarkeit ein ganzes Grundstück belasten, ihre Ausübung aber auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt sein (§ 1023 A 1), so muß, da die Beschränkung zum Inhalt der Grunddienstbarkeit gehört, die Eintragungsbewilligung eine genaue Beschreibung der Ausübungsstelle enthalten. Zur näheren Verdeutlichung kann in ihr aber auf beigefügte Karten oder Zeichnungen Bezug genommen werden (RJA 8, 140; OLG 21, 42; KGJ 50, 133), sofern sie öffentliche Urkunden im Sinne des § 415 ZPO sind (KGJ 50, 131). Eine Bezugnahme auf nicht mehr in Geltung befindliche Vorschriften des früheren Rechts genügt zur Bestimmung des Inhalts der Grunddienstbarkeit nicht (KGJ 26 A 271; 51, 254), es sei denn, daß es sich um die Eintragung einer Grunddienstbarkeit handelt, die unter der Herrschaft des früheren Rechts begründet worden war und bisher auch ohne Eintragung (A 1) bestand (KGJ 51, 256). — Auch durch **Ersitzung** kann eine Grunddienstbarkeit erworben werden, jedoch nur durch Buchersitzung (sog. Tabularersitzung) gemäß § 900 Abs 2. — Das BGB kennt **gesetzliche** Grunddienstbarkeiten nicht. Das Recht auf den Überbau (§ 912) und auf den Notweg (§ 917) sind nachbarrechtliche Beschränkungen. Doch können auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten, z. B. den in Artt 65, 66, 69 EG bezeichneten (Wasserrecht, Deich- und Sielrecht, Jagd- und Fischereirecht) Grunddienstbarkeiten durch Landesgesetz entstehen.

Die Grunddienstbarkeit kann nur zugleich mit dem herrschenden Grundstück, die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur zugleich mit der Benutzung des herrschenden Grundstücks auf einen anderen **übertragen** werden (A 3). Eine **Belastung** der Grunddienstbarkeit mit anderen dinglichen Rechten, auch mit dem Nießbrauch oder dem Pfandrecht, ist unzulässig. Das folgt aus der Natur der Sache und aus § 1069 Abs 2 und § 1274 Abs 2, welche übertragbare Rechte verlangen. Grunddienstbarkeiten werden **aufgehoben** durch Rechtsgeschäft gemäß § 875 (Aufgabeerklärung des Berechtigten und Löschung), durch Verjährung gemäß der allgemeinen Vorschrift des § 901 (Erlöschen durch Anspruchsverjährung, wenn die Grunddienstbarkeit zu Unrecht gelöscht ist) und nach der besonderen Vorschrift des § 1028 (Errichtung einer beeinträchtigenden Anlage auf dem belasteten Grundstück). Die Grunddienstbarkeit erlischt ferner mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung, unter der sie bestellt ist, oder mit dem Eintritt des Zeitpunkts, bis zu dem sie nach der Begründung bestehen soll. Endlich sind Endigungsgründe eine solche Veränderung der Oberfläche des herrschenden oder belasteten Grundstücks (z. B. durch dauernde Überschwemmung), daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit dauernd ausgeschlossen ist, sowie der dauernde Wegfall des Vorteils (§ 1019) für das herrschende Grundstück (M 3, 482; Prot 3, 308; **RG** Warn 1910 Nr 160; OLG 31, 336). Dagegen erlischt die Grunddienstbarkeit nach § 889 nicht dadurch, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Eigentum an dem herrschenden Grundstück erwirbt oder umgekehrt (wegen der nach früherem Recht begründeten Grundgerechtigkeiten s. unten). Wird aber ein Grundstück dem anderen gemäß § 890 Abs 2 als Bestandteil zugeschrieben, so daß nunmehr ein einheitliches Gesamtgrundstück besteht, so muß das Erlöschen der Grunddienstbarkeit angenommen werden. Denn eine Grunddienstbarkeit kann nach § 1018 nur dann bestehen, wenn ein selbständiges Grundstück als das berechtigte einem anderen selbständigen Grundstück als dem dienenden gegenübersteht (KGJ 51, 261).

Außer den Vorbehalten zugunsten der Landesgesetzgebung für alle Dienstbarkeiten in Artt 109, 113, 114 EG (A 1) ist noch ein besonderer Vorbehalt für Grunddienstbarkeiten in Art 115 enthalten. Danach bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten untersagen oder beschränken oder welche den Inhalt und das Maß dieser Rechte näher bestimmen. Ferner bleiben gemäß Art 128 EG unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem Grundstück, das im Grundbuch nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der Grundbuchordnung nicht eingetragen zu werden braucht (§ 90 GBO). Die Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten (z. B. Wegegerechtigkeiten) an dem Bahnkörper einer Kleinbahn behandelt § 5 PrGes. über die Bahneinheiten v. 8. 7. 1902; über Grunddienstbarkeiten an dem Bahnkörper von Eisenbahnen: **RG** Warn 1916 Nr 30. — Übergangs-

vorschriften enthalten die Artt 184, 187, 189, 191 EG (A 1). Auf die unter der Herrschaft des früheren Rechts begründeten Grunddienstbarkeiten, die zur Entstehung der Eintragung nicht bedurften (wie in Preußen), finden die §§ 891, 892 BGB keine Anwendung (§ 891 A 1, § 892 A 3). Für den Umfang solcher Grunddienstbarkeiten ist daher, auch wenn sie eingetragen sind, gutgläubigen Erwerbern des Grundstücks gegenüber nicht der Inhalt des Eintragungsvermerks maßgebend, sondern der Inhalt des Vertrags, auf Grund dessen sie eingetragen sind (RG 20, 274; 28, 326; 33, 229; 60, 91; 131, 158; Gruch 32, 1072; JW 89, 85[52]). Der Erwerber des Grundstücks kann sich für das Fortbestehen der Grunddienstbarkeit nicht darauf berufen, daß sie nicht gelöscht ist (RG JW 97, 615[38]; auch RG 6, 292; KGJ 27 A 115). Ob eine solche auch nach Anlegung des Grundbuchs bestehende, nicht eingetragene Grundgerechtigkeit (A 1 a. E.) durch Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks in der Hand eines Eigentümers erlischt, bestimmt sich nach den früheren Gesetzen. Denn nach Art 189 Abs 3 EG erfolgt ihre Aufhebung nach den bisherigen Gesetzen, bis sie in das Grundbuch eingetragen wird. Unter „Aufhebung" ist aber nicht bloß die rechtsgeschäftliche Aufhebung zu verstehen, sondern auch das ohne Rechtsgeschäft eintretende Erlöschen (RG Warn 1916 Nr 19; KGJ 51, 260). Deshalb bestimmt sich auch nach den früheren Gesetzen, ob solche Grunddienstbarkeiten durch Ereignisse erlöschen, die ihnen den für ihr Wesen erforderlichen Inhalt nehmen (RG Gruch 46, 907; Warn 1910 Nr 160; OLG 31, 336). In der Zwangsversteigerung gehen diese Grunddienstbarkeiten nur dann unter, wenn ihre Nichtübernahme im Zuschlagsbeschluß ausgesprochen ist (RG V 188, 199/05). Über die französischrechtliche Befugnis, an die von dem Nachbar auf die Grenze gesetzte Scheidemauer anzubauen (mitoyenneté): RG 63, 6 u. § 921 A 8.

6. Nur **in einzelnen Beziehungen** darf die Benutzung des belasteten Grundstücks gestattet sein, z. B. zum Fahren oder Reiten oder Viehtreiben (OLG 19, 419), zum Fischen auf einem See (RG Warn 1919 Nr 197), zum Weiden von Vieh in einem Wald (RG 104, 148), zur Entnahme von Eis aus einem Teich (RG Warn 1930 Nr 171). Unzulässig ist die Bestellung einer Grunddienstbarkeit, wonach dem Berechtigten die Befugnis zu Benutzungen aller Art, die bei dem belasteten Grundstück in Frage kommen können, zustehen soll (HRR 1932 Nr 126; OLG 15, 359). Die Benutzung des belasteten Grundstücks darf auch nicht in einem solchen Umfang gewährt werden, daß für die Möglichkeit einer anderen Benutzung kein Raum bleibt (z. B. wenn das Recht zustehen soll, auf einer Fläche eine Kirche zu bauen und dauernd zu haben: KGJ 39 A 215; vgl. aber hinsichtlich eines sonstigen Bauwerks A 7). In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Grunddienstbarkeit von dem Nießbrauch, der dem Nießbraucher gestattet, Nutzungen aller Art zu ziehen (§1030). Indessen können auch mehrere Benutzungsarten Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein (z. B. die Befugnis, Kies, Steine, Sand zu entnehmen, Quellwasser zu beziehen und alle dazu erforderlichen Arbeiten vorzunehmen, Maschinen aufzustellen, Gleise zu legen, Gebäude zu errichten), sofern nur nicht dadurch alle Nutzungsarten des belasteten Grundstücks erschöpft werden (OLG 15, 359; 26, 84; 26, 99). Nach früherem gemeinen Recht und dem Recht des PrALR galt der Grundsatz, daß die Befugnis zum Befahren eines Weges auch die Befugnis zum Gehen darauf enthalte (RG Warn 08 Nr 479). Der Grundsatz hatte seinen Ausgangspunkt darin, daß das Recht zum Größeren auch das Recht zum Geringeren gleicher Art in sich schließe. Nach dem Recht des BGB bietet sich aber für einen solchen Grundsatz keine Grundlage. Jetzt ist vielmehr allein der Inhalt des Begründungsakts maßgebend. Ist hierin lediglich von der Gewährung eines Fahrtrechts (z. B. eines Durchfahrtrechts bei einem Hausgrundstück) die Rede, so ist damit das Recht zum Gehen nicht ohne weiteres miteingeschlossen (RG Gruch 68, 529). Ob und inwieweit das eingeräumte Fahrtrecht bei verständiger Auslegung auch das Recht zum Gehen geben sollte und gibt, kann nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalls entschieden werden (vgl. § 1020 A 1).

7. Unter **„Benutzen"** eines Grundstücks, das auf diesem Grundstück von dem Eigentümer **geduldet** werden muß, ist ein fortgesetztes oder doch mehr oder weniger häufig und regelmäßig wiederkehrendes Gebrauchmachen von dem Grundstück zu verstehen, da die Benutzungsbefugnis dem „jeweiligen" Eigentümer des herrschenden Grundstücks zustehen soll. Daher stellt sich die Befugnis zur Vornahme einer einmaligen Handlung (z. B. zur Abholzung eines Waldes, zur Beseitigung von herüberragenden Gebäuden bei Herrichtung einer Straße) nicht als eine Befugnis zum Benutzen dar (RG 60, 317; KGJ 26 A 274; 39 A 215). Im übrigen ist als Benutzung jeder mit einem Vorteil unmittelbar oder mittelbar verbundene Gebrauch anzusehen (KGJ 33 A 234; 36 A 221; 39 A 216; OLG 15, 359; 18, 227). Auch die Ausnutzung der natürlichen Kräfte des Grundes und Bodens, um Früchte oder Bodenbestandteile wie Kies, Steine, Sand, Lehm, Torf, Ton, Mineralien, Wasser oder Eis (z. B. aus einem Teich) zu gewinnen, ist ein Benutzen. Zwar ist damit eine Veränderung oder Verringerung des Bestandes der Erdoberfläche (der Grundstückssubstanz) verbunden; aber jedes Benutzen wird in gewissem Grade eine solche Veränderung herbeiführen, und eine Begrenzung ist nach dieser Richtung vom Gesetz nicht gegeben (RG JW 05, 393[12]; Warn 1930 Nr 171; KGJ 24 A 119; RJA 7, 254; OLG 15, 359; 31, 337). Ferner enthält eine Befugnis zum „Benutzen" z. B. die Befugnis: zum Betreten eines Grundstücks, mag es unmittelbar Vorteil gewähren, wie beispielsweise beim Wegerecht, oder mittelbar, indem beispielsweise dadurch eine für die Rechtsverhältnisse des herrschenden Grundstücks wesentliche Feststellung

ermöglicht wird (KGJ 36 A 221); zum Benutzen eines gemeinschaftlichen Zugangs (OLG 12, 128); zum Weiden von Vieh in einem Walde (RG 104, 148); zum Haben eines über das dienende Grundstück hinüberführenden Kanals zur Ableitung der Dränagewässer vom herrschenden Grundstück (RG 79, 377); zum Haben einer Feldbahn zwecks Anfuhr von Rohstoffen für ein Fabrikgrundstück (RG Warn 1913 Nr 154); zum Haben einer Stauanlage in einem zum dienenden Grundstück gehörenden Privatfluß (RG JW 1912, 361[32]); zum Haben eines Gebäudes oder eines Gebäudeteils auf dem belasteten Grundstück, sofern sich die Befugnis nicht als ein (selbständig veräußerliches) Erbbaurecht auf Benutzung des fremden Grundstücks als Baugrund darstellt (KGJ 25 A 141; OLG 15, 360; SeuffA 29 Nr 11; JFG 3, 329). Das Recht, ein Bauwerk auf einem Grundstück zu haben, kann den Inhalt einer Grunddienstbarkeit aber nur dann bilden, wenn durch das Bestehen des Bauwerks nicht die Möglichkeit der Benutzung, die das Grundstück bietet, erschöpft wird (KGJ 39 A 217; A 6). Ob und inwieweit die Duldung eines Überbaus den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, ist in § 912 A 10 erörtert. Über das Recht zur Jagdausübung auf fremdem Grund und Boden als Grunddienstbarkeit vgl. § 1090 A 5.

8. Auf die **Unterlassung gewisser Handlungen** kann eine Grunddienstbarkeit nur dann gerichtet werden, wenn die Vornahme der Handlungen auf dem zu belastenden Grundstücke an sich gestattet sein würde, sei es auf Grund des Eigentums, sei es auf Grund allgemeiner Rechtsvorschriften. Denn eine nicht erlaubte Handlung (z. B. eine solche, die nach dem Nachbarrecht verboten ist) kann überhaupt nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein (RG 61, 341; OLG 1, 380; RJA 3, 150). Anderseits können durch eine Grunddienstbarkeit auch solche Handlungen untersagt werden, die nach den Grundsätzen der persönlichen Freiheit oder der Gewerbefreiheit sonst allgemein gestattet wären (KGJ 36 A 219; 53, 155). Jedoch müssen die zu unterlassenden Handlungen solche sein, die sich darstellen als ein Benutzen des Grundstücks durch Ausübung des dem Eigentümer im § 903 gewährten Rechts, mit dem Grundstück nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Denn jede Grunddienstbarkeit hat eine Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers zum Ziel. Der Eigentümer muß entweder die Einwirkung durch Vornahme der Handlung eines anderen dulden (A 7) oder eine Handlung unterlassen, durch die er mit seinem Grundstück nach Belieben verfahren könnte (RJA 3, 150; KGJ 36 A 219; 52, 177; OLG 5, 154; 15, 371; 18, 227; 45, 229). Daher kann z. B. die Unterlassung der Entnahme von Bier zum Betriebe einer Gastwirtschaft von einer anderen als der bestimmten Brauerei nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, weil es sich dabei nicht um Unterlassung der Benutzung des Grundstücks handelt (RJA 3, 148; OLG 15, 371). Dagegen kann zum Inhalt einer Grunddienstbarkeit gemacht werden z. B. die Unterlassung: des Betriebs eines bestimmten Gewerbes (Wettbewerbsverbot), z. B. eines Kolonial- und Backwarenhandels, einer Gastwirtschaft oder des gewerbsmäßigen Kleinhandels mit geistigen Getränken, eines Kinobetriebs, da hierdurch die Benutzung des Grundstücks in erheblichem Maße beschränkt wird (KGJ 36 A 221; 45, 227; 52, 178; OLG 18, 227; 45, 229); der Bewohnung eines Hauses oder der Gewährung einer Wohnung an Personen bestimmter Art und Zahl (KGJ 36 A 220; RJA 10, 74); der Vornahme von Veränderungen an einem Walde (KGJ 26 A 277); der Beseitigung eines zum Windschutz dienenden Waldstreifens (RJA 00, 133; über die Zulässigkeit der Nebenverpflichtung zur Aufforstung vgl. A 4); der Benutzung eines Weges durch den Eigentümer und andere Personen zu anderen als bestimmten Zwecken (RG JW 09, 688[15]); der Wiederaufrichtung einer Grenzmauer (KGJ 26 A 277); der Errichtung von Gebäuden, wie Fabriken, Ställen, Verkaufsläden, Schanklokalen, Vergnügungslokalen, oder von anderen Gebäuden als solchen bestimmter Art oder Höhe (OLG 5, 316; 8, 127; 10, 118; 15, 372; 39, 233; SeuffA 73 Nr 136; 74 Nr 31; vgl. RG 14, 212; JW 00, 318[21]; 00, 900[19]; SeuffA 9 Nr 10); überhaupt der Bebauung einer Fläche, z. B. eines Hofraums (RG 47, 356; RJA 12, 69; KGJ 47, 186); eines Neubaus, der nicht einen bestimmten Abstand von der Grenze hat (KGJ 40 A 247; auch RG JW 00, 900[19]). Die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bildende Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers kann aber nur darauf gerichtet sein, daß der Eigentümer in der tatsächlichen Herrschaft über das dienende Grundstück beschränkt ist; nicht auf eine Beschränkung in der rechtlichen Verfügung (OLG 21, 408; SeuffA 66 Nr 210; KGJ 51, 297). Deshalb kann z. B. nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein: die Unterlassung der Grundstücksteilung, da die aus einem Grundstückseigentum mehrere gesonderte Eigentumsrechte schaffende Teilung sich als rechtliche Verfügung über das Grundstück darstellt (OLG 21, 408; SeuffA 66 Nr 210); eine Beschränkung des Eigentümers in seiner Befugnis zur Verpachtung des Grundstücks, zur Nießbrauchsbestellung, zur Übertragung des Eigentums an eine andere Person (KGJ 45, 229; 51, 297). Die Handlungen, deren Vornahme verboten sein soll, müssen nach dem für das Liegenschaftsrecht geltenden Grundsatz der Bestimmtheit des Inhalts und Umfangs der dinglichen Rechte einzeln nach ihren Merkmalen oder doch in ihrer Gesamtheit als unter einen deutlich begrenzten Kreis fallend bestimmt gekennzeichnet werden. Das Gebot, das belastete Grundstück zu keinem andern Zweck zu benutzen als zur Bierbrauerei und Landwirtschaft und den damit in Verbindung stehenden Betrieben, ist zu unbestimmt (KGJ 53, 155). Ist eine Grunddienstbarkeit mit einer

zu unbestimmten Bezeichnung ihres Inhalts eingetragen, so ist die Eintragung ihrem Inhalt nach unzulässig; sie ist daher nach § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen (KGJ 53, 157).

9. Ausschluß der Ausübung eines Rechtes, das sich aus dem Eigentum des belasteten Grundstücks dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt, kommt als Inhalt einer Grunddienstbarkeit vornehmlich bei den aus dem Nachbarrecht fließenden Rechten des Eigentümers des belasteten Grundstücks (den sog. Legalservituten) in Betracht (KGJ 23 A 228; RJA 10, 74; auch **RG** JW 1914, 845[19]). Beispielsfälle: der Eigentümer des belasteten Grundstücks soll dulden, daß der Nachbar bei Errichtung eines Gebäudes nicht den durch Landesgesetz (vgl. für Preußen §§ 139, 125 ALR I 8) vorgeschriebenen Bauabstand von der Grenze einhält (OLG 15, 365); dem Eigentümer des belasteten Grundstücks sollen nach § 906 zulässige Einwirkungen auf das herrschende Grundstück verboten sein, oder umgekehrt der Eigentümer des belasteten Grundstücks soll Einwirkungen, die von dem herrschenden Grundstück auf das seinige ausgehen und die er nach §§ 903, 906 verbieten könnte, nicht verbieten dürfen (KGJ 23 A 229; 49, 196; auch **RG** 130, 356; JW 00, 676[46]; Warn 1915 Nr 141). Verzicht auf künftige Entschädigung wegen unzulässiger Einwirkung auf ein Grundstück darf nicht als Grunddienstbarkeit bestellt werden, da es sich hierbei lediglich um eine schuldrechtliche Verpflichtung handelt (A 4). Wohl aber ist, wenn die unzulässige Einwirkung durch Grunddienstbarkeit gestattet wird, Entschädigung wegen solcher Einwirkungen ausgeschlossen. Die Eintragungsfähigkeit einer Grunddienstbarkeit, welche die Duldung der von einem Bergbaubetrieb ausgehenden Einwirkungen und zugleich den Ausschluß des Rechts auf Entschädigung für solche Einwirkungen zum Inhalt hat, ist oben A 4 a. E. erörtert. — Das Recht, das ausgeschlossen werden soll, muß aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück entspringen. Ausschließung der mit einem Grundstück verbundenen (subjektiv-dinglichen) Rechte, z. B. einer Grunddienstbarkeit, einer Reallast, eines Vorkaufsrechts, einer Freikuxberechtigung, kann nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein; sie stellt sich vielmehr als Aufhebung oder Einschränkung solcher Rechte dar (KGJ 23 A 227; 25 A 145; OLG 3, 292). Ferner muß das (auszuschließende) Recht gegenüber dem anderen Grundstück bestehen. Das Recht des Eigentümers auf Teilung seines Grundstücks ist kein solches Recht (OLG 21, 408).

§ 1019

Eine Grunddienstbarkeit kann nur [1]) in einer Belastung [2]) bestehen, die für die Benutzung [3]) des Grundstücks [4]) des Berechtigten Vorteil bietet [5]). Über das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden [6]).

E I 967 II 930; M 3 481 f.; P 3 308 ff.

1. Aus den Worten **„kann nur"** folgt, daß § 1019 in Ergänzung des § 1018 zwingend bestimmt, inwieweit der Inhalt einer Grunddienstbarkeit stets mindestens beschränkt sein muß (**RG** 60, 319). Er kann aber im einzelnen Falle noch weiter beschränkt sein. So ist z. B. zulässig die Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht für jede gegenwärtig oder künftig mögliche Art oder Gelegenheit des Benutzens, sondern lediglich für die zur Zeit der Bestellung mögliche Benutzungsart. Die Grunddienstbarkeit kann auch dahin bestellt werden, daß sie allein durch den Eigentümer des Grundstücks ausgeübt werden kann. Es kommt in dieser Hinsicht wie überhaupt bezüglich des Umfangs der Grunddienstbarkeit auf den zum Ausdruck gelangten Willen beider Beteiligten an. Regelmäßig wird die Grunddienstbarkeit zunächst nur für eine solche Benutzung bestellt sein, wie sie in ihrer Sonderart nach der Beschaffenheit der beteiligten Grundstücke und den sonst obwaltenden Umständen zur Zeit der Bestellung der Grunddienstbarkeit stattfinden konnte (**RG** 89, 220). Die Befriedigung der später gesteigerten Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks (z. B. bei einer Grunddienstbarkeit für ein Fabrikgrundstück durch Erweiterung des Fabrikbetriebs) wird aber dem Willen der Beteiligten entsprechen, es sei denn, daß die Änderung der Benutzungsart eine willkürliche ist, daß sie bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht vorauszusehen war oder daß es sich um neue Anlagen handelt (**RG** Gruch 39, 982; 45, 917; JW 85, 337[26]; 95, 154[32]; 95, 210[44]; Warn 08 Nr 479; 1913 Nr 154; SeuffA 52 Nr 75; 55 Nr 68; 73 Nr 136). So kann z. B. im Falle einer Wegegerechtigkeit, die für die Zwecke des landwirtschaftlichen Betriebs auf dem herrschenden Grundstücke bestellt worden ist, der Weg auch für einen späteren intensiveren landwirtschaftlichen Betrieb benutzt werden; dagegen nicht für einen später auf dem herrschenden Grundstück neu eingerichteten gewerblichen Betrieb (**RG** 76, 326; 131, 166; Warn 1916 Nr 30). Gerade bei Wegegerechtigkeiten ist aber auch der Entwicklung der Verkehrsverhältnisse, insbesondere der Änderung der Verkehrsmittel, Rechnung zu tragen. In einer geraume Zeit hindurch widerspruchslos geduldeten Benutzung des Weges mit den neuzeitlichen Verkehrsmitteln (z. B. Lastkraftwagen mit Anhänger) kann eine stillschweigende Übereinkunft der Beteiligten über die Zulässigkeit dieser Benutzung liegen (**RG** 126, 373).

2. Der Vorteil muß durch die **Belastung** des dienenden Grundstücks gewährt werden. Ein Vorteil, der aus einem auf dem Grundstück betriebenen Gewerbe gezogen wird (z. B. durch Liefe-

rung von Waren, die in der auf dem dienenden Grundstück stehenden Fabrik gefertigt werden), kann nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein. Nicht nötig ist aber, daß die Belastung eine dauernde ist. Eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, dem dienenden Grundstück Ton oder Lehm zu entnehmen (§ 1018 A 8), ist auch dann zulässig, wenn das Ton- oder Lehmlager nicht nachhaltig ist. Die Grunddienstbarkeit erlischt dann zwar mit der Erschöpfung des Lagers, aber nicht mit einer vorübergehenden tatsächlichen oder rechtlichen Hinderung seiner Benutzung (RG 26, 167). Die Verpflichtung des Eigentümers eines Grundstücks, sich für den Fall der Entziehung der durch die Fluchtlinien bestimmten Fläche mit einer geringen Entschädigung zu begnügen, enthält keine Belastung des Grundstücks (KGJ 25 A 148); ebensowenig das von der Eisenbahn dem Eigentümer eingeräumte Recht, auf dem eigenen Grundstück ein Anschlußgleis zu legen (RG 58, 264). Vgl. hierüber § 1018 A 4 und über eine Grunddienstbarkeit für ein Anschlußgleis an eine Eisenbahn § 1018 A 2.

3. Der Vorteil kann nicht bloß **für die** gegenwärtige, sondern auch für die zukünftige mögliche **Benutzung** des herrschenden Grundstücks geboten werden (A 1). Z. B. kann eine Grunddienstbarkeit für ein Grundstück, auf dem keine Fabrik errichtet ist, für den Fall bestellt werden, daß eine solche darauf errichtet wird. Im übrigen genügt es, wenn die Grundstücksbenutzung in irgendeiner Art gefördert wird (RG Gruch 50, 105; OLG 15, 359).

4. Für die Benutzung des **Grundstücks** muß ein Vorteil gewährt werden. Ob dies der Fall ist, hängt hauptsächlich von der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks ab. Bei Grundstücken, die weit voneinander entfernt liegen, wird, wenn auch eine benachbarte Lage der Grundstücke an sich nicht allgemeines Erfordernis einer Grunddienstbarkeit ist (A 5), doch ein Vorteil für das herrschende Grundstück nur ausnahmsweise festzustellen sein (KGJ 52, 175). Die Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks bestimmt sich nicht nur durch die Natur, sondern auch durch den von dem Eigentümer mit dem Grundstück verbundenen Zweck (KGJ 52, 175). Ein mit der Benutzung des Grundstücks nicht im Zusammenhang stehender, dem Besitzer des herrschenden Grundstücks nur persönlich dienender Vorteil ist aber nicht genügend (OLG 6, 119; 10, 117; KGJ 52, 174). So kann z. B. eine Grunddienstbarkeit nicht dahin bestellt werden, daß zugunsten des Militärfiskus eine Parzelle in der Nähe einer Festung entwaldet und die Wiederaufforstung unterlassen werden soll (RG JW 09, 146[33]) oder daß aus dem belasteten Grundstück Holz zum Verkauf durch den Eigentümer des herrschenden Grundstücks oder Wasser zur Abgabe an Dritte entnommen werden darf. In derartigen Fällen kann unter Umständen nur die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in Frage kommen (§ 1018 A 3). Jedoch braucht der Vorteil dem Grundstück nicht unmittelbar gewährt zu werden. Es genügt, wenn der in erster Linie dem Besitzer persönlich dienende Vorteil zufolge der dabei benutzten Einrichtungen auf dem Grundstück auch diesem zugute kommt (RG 30, 205; JW 00, 676[46]; 05, 393[12]; Warn 1913 Nr 154; Gruch 50, 105; OLG 15, 359; KGJ 52, 175). Daher ist eine Grunddienstbarkeit zulässig, wenn der Vorteil, der einem auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gewerbe dient, mittelbar auch dem Grundstück zum Vorteil gereicht (§ 1018 A 3). Wird aber eine Grunddienstbarkeit für ein Fabrikgrundstück dahin bestellt, daß eine Feldbahn nicht nur dem Betriebe der Fabrik, sondern auch zur Beförderung von Gütern anderer Personen als des Grundstückseigentümers dienen soll, so hat die Dienstbarkeit in letzterer Hinsicht einen unzulässigen Inhalt (RG Warn 1913 Nr 154). Ob ein das eine Grundstück betreffendes gewerbliches Wettbewerbsverbot für die Benutzung des andern Grundstücks oder nur für den Berechtigten persönlich von Vorteil ist, richtet sich nach den Umständen des Falles. Soll durch das Wettbewerbsverbot ein Gewerbebetrieb geschützt werden, der durch eine besondere Einrichtung auf die Dauer mit dem berechtigten Grundstück verbunden ist, und liegen dieses Grundstück und das mit dem Verbot zu belastende Grundstück nahe beieinander, so wird in der Regel ein Vorteil für die Benutzung des berechtigten Grundstücks zu bejahen (z. B. bei Untersagung des Betriebs gleicher Art im Falle eines Gastwirtschaftsgrundstücks, eines Fabrikgrundstücks) und daher eine entsprechende Grunddienstbarkeit für zulässig zu erachten sein (OLG 6, 119; KGJ 52, 176). Handelt es sich dagegen um ein Wettbewerbsverbot zugunsten eines Handelsbetriebs und ist das berechtigte Grundstück nicht dauernd dafür eingerichtet, so wird ein Vorteil für dieses Grundstück in der Regel zu verneinen sein (OLG 10, 117; 45, 229; KGJ 52, 176; anders bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit: § 1090 A 6). Die Grunddienstbarkeit kann nur für das Grundstück ausgeübt werden, für das sie bestellt ist, nicht für andere Grundstücke des Berechtigten (RG 1, 329; 8, 212; JW 00, 677[48]; Gruch 32, 1011), auch nicht für eine nach der Bestellung der Grunddienstbarkeit dem Grundstück später zugeschriebene Fläche (RG 27, 164).

5. Der **Vorteil** kann auch in einer Annehmlichkeit bestehen, z. B. in der Unterlassung eines für die Bewohner unangenehmen Gewerbes oder in der Erhaltung eines bestimmten Charakters einer Gegend (RG 61, 342; KGJ 45, 229). Jedoch genügt es nicht allein, daß der wirtschaftliche Wert des berechtigten Grundstücks durch die Belastung des andern Grundstücks erhöht wird. Denn die werterhöhende Wirkung dieser Belastung ist nicht notwendig für die Bedürfnisse des jeweiligen Benutzers jenes Grundstücks von Vorteil (KGJ 52, 174). Der Vorteil muß gegenwärtig wirklich bestehen. Eine lediglich gegebene Möglichkeit eines Vorteils genügt nicht. Denn das Gesetz sagt nicht „Vorteil bieten kann", sondern „Vorteil bietet" (OLG 6, 120; vgl. jedoch RG 61, 341).

Ferner muß der Vorteil, da er die Benutzung des Grundstücks wirtschaftlich fördern soll, in den privatrechtlichen Beziehungen des einen Grundstücks zu dem anderen seine Unterlage finden (RG 61, 341; 73, 197; KGJ 36 A 217; 40 A 248; 42, 246; 45, 229; 47, 186; RJA 10, 76). Ein solcher Vorteil ist nicht die Gewährleistung des Vollzugs öffentlich-rechtlicher Vorschriften, z. B. einer Baupolizeiordnung (RG 61, 338; 73, 197; KGJ 47, 186; JFG 4, 380; vgl. jedoch auch KGJ 40 A 248). Das Grundbuchamt hat die Eintragung abzulehnen, wenn sich aus der Eintragungsbewilligung ergibt, daß ein Vorteil für das herrschende Grundstück nicht geboten wird (OLG 6, 120). Wenn sich jedoch ein Vorteil ergibt, kann das Grundbuchamt den Eintragungsantrag mit der Begründung, daß der Vorteil kein privatrechtlicher sei (A 5), nur dann ablehnen, wenn es begründeten Anhalt für die Annahme hat, daß ein privatrechtliches Interesse nicht vorhanden ist (KGJ 36 A 218). Benachbart, wie nach römischem Recht, brauchen das herrschende und das dienende Grundstück nicht zu sein (OLG 6, 120; KGJ 52, 175; A 4).

6. Eine Grunddienstbarkeit, die **über** das aus Satz 1 sich ergebende **Maß hinaus sich erstreckt**, ist insoweit nichtig (KGJ 24 A 118; RJA 12, 170; § 1018 A 5: eine unzulässigerweise auf mehrere selbständige Grundstücke eingetragene Dienstbarkeit). Wird das herrschende Grundstück nachträglich zu einem anderen Zweck bestimmt (z. B. an Stelle eines Krankenhauses eine Fabrik errichtet), so erlischt die Grunddienstbarkeit, die nur dem früheren Zwecke diente, auch ohne Löschung. Die Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB, § 22 GBO) ist zulässig (vgl. auch § 54 Abs 1 Satz 2 GBO; RJA 12, 170).

§ 1020

Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen [1]). Hält [2]) er zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück [3]) eine Anlage, so hat er sie in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten [4]), soweit das Interesse des Eigentümers [5]) es erfordert [6]).

E I 970 II 931; M 3 483; P 3 311 f.

1. Das Recht des Eigentümers und derjenigen Personen, die ihre Rechte von ihm ableiten, steht dem Recht des Grunddienstbarkeitsberechtigten nach. Der Eigentümer kann sich aber einer schikanösen Ausübung der Dienstbarkeit widersetzen (§ 226). Schikane des Dienstbarkeitsberechtigten liegt indessen nur dann vor, wenn er kein irgendwie erkennbares schutzwürdiges Interesse an der Ausübung seines Rechts hat. Sie kann daher schon deshalb ausgeschlossen sein, weil der Berechtigte, der Jahre lang das Recht nicht ausgeübt hat und auch gegenwärtig kein besonderes wirtschaftliches Interesse an der Ausübung haben mag, die Befugnisse aus der Dienstbarkeit durchsetzt, um einer Verjährung nach § 1028 zu begegnen oder um sich für die Zukunft freie Hand für die Ausübung zu schaffen (RG 3. 12. 32 V 129/32). Der Berechtigte, dem der Einwand aus § 226 nicht entgegengesetzt werden kann, soll aber das Interesse des Eigentümers **tunlichst schonen** (RG Gruch 45, 1019). Das schließt eine Beeinträchtigung der Bewirtschaftung des belasteten Grundstücks nicht aus. Der Eigentümer kann das Grundstück mitbenutzen, soweit dies die Ausübung der Grunddienstbarkeit gestattet. Anderseits darf der Eigentümer die Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht hindern oder vereiteln. Der Berechtigte muß sich nur unerhebliche Unbequemlichkeiten gefallen lassen (RG JW 02 Beil 249; Warn 08 Nr 479; Gruch 48, 106; 48, 154). Der Grundsatz der schonenden Ausübung darf nicht dahin führen, daß der Berechtigte zu einem auch nur teilweisen Verzicht auf sein Recht genötigt wird (RG Gruch 48, 954; Warn 1919 Nr 197). Ein solcher Verzicht wird z. B. zugemutet, wenn die Dienstbarkeit auf ein anderes Grundstück verlegt werden soll (RG Warn 1930 Nr 109) oder wenn dem Berechtigten angesonnen wird, sein eigenes Grundstück zur Ausübung der nur das fremde Grundstück belastenden Dienstbarkeit zu Hilfe zu nehmen (RG 3. 12. 32 V 129/32). Ob eine vom Eigentümer des dienenden Grundstücks geplante Maßnahme (z. B. Verlegung des Wegezugs bei einer Wegegerechtigkeit, Errichtung einer Badeanstalt bei bestehender Fischereigerechtigkeit, Verengung der Durchfahrt bei einem Durchfahrtsrecht) geeignet ist, die Grunddienstbarkeit in ihrer Wesenheit zu berühren, ist Tatfrage (RG JW 02 Beil 249; 04, 294[17]; Gruch 48, 105; 48, 954; SeuffA 64 Nr 152; OLG 18, 148; 18, 149); ebenso aber auch, inwieweit der Berechtigte im Interesse des Eigentümers bei der Ausübung der Grunddienstbarkeit Maßnahmen unterlassen (z. B. Bezeichnung eines ihm gewährten Zugangs als eines öffentlichen) oder unbedeutende Schwierigkeiten (z. B. Anbringung eines tagsüber unverschlossenen Tores vor der ihm gewährten Durchfahrt gegen Einhändigung eines Schlüssels) auf sich nehmen muß (RG Warn 08 Nr 479; Gruch 45, 1020; SeuffA 63 Nr 110). Bei einer Weidegerechtigkeit an einem Walde muß sich der Weideberechtigte Änderungen in der Kulturart des Waldes (z. B. Umwandlung von Laubwald in Nadelholzwald), auch wenn sie zur Erhaltung des Waldes nicht unbedingt notwendig sind, im Interesse des Eigentümers jedenfalls dann gefallen lassen, wenn die Befriedigung des Weidebedarfs durch die Änderungen weder geschmälert noch

wesentlich erschwert wird (**RG** 104, 149). Ein Durchfahrtrecht umfaßt zwar nicht grundsätzlich auch das Durchgangsrecht als das mindere (§ 1018 A 6 a. E.); doch wird im Einzelfall das Gehen in der Durchfahrt mit dem Inhalt und der schonenden Ausübung des Durchfahrtrechts sehr wohl vereinbar sein können (SeuffA 77 Nr 32). Inwieweit die ursprüngliche Ausübungsart vom Berechtigten später geändert oder erweitert werden darf, ist in § 1019 A 1 erörtert. Handelt der Berechtigte dem Satz 1 zuwider, so kann der Eigentümer gegen ihn mit der Eigentumsstörungsklage (§ 1004) und beim Vorliegen eines Verschuldens auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung (§ 823) klagen.

2. Die **Anlage hält** der Berechtigte, auch wenn sie nicht in seinem Eigentum steht. Er hält sie aber nur, wenn er ein Recht auf ihren Bestand und ihre Erhaltung hat. Das ist z. B. nicht der Fall, wenn er zwar das Wasser über das dienende Grundstück ableiten darf, aber kein Recht darauf hat, daß es gerade nach dem dort vorhandenen Graben abfließt. Wohl aber, wenn er z. B. berechtigt ist, zur Ableitung von Dränagewasser einen zu diesem Zweck hergestellten, über das dienende Grundstück führenden Kanal zu benutzen (**RG** 79, 377).

3. Die Anlage muß **auf dem belasteten,** nicht auf dem herrschenden **Grundstück** vorhanden sein (z. B. ein Lichtschacht auf dem Bürgersteig einer städtischen Straße zugunsten des Eigentümers eines benachbarten Hauses: **RG** Gruch 58, 1003). Dem Erfordernis ist genügt, wenn sie auch nur auf das belastete Grundstück hinüberragt. Befindet sich die Anlage außerhalb des belasteten Grundstücks, so hat dessen Eigentümer kein Recht auf ihre Instandhaltung durch den Berechtigten, sofern nicht ein solches Recht durch ein besonderes Schuldverhältnis begründet ist (**RG** 112, 371).

4. Um sie zu **erhalten,** kann der Berechtigte das belastete Grundstück betreten. Satz 2 schafft ein gesetzliches Schuldverhältnis, keine Reallast. Daher ist die Eintragung der Verpflichtung zum Erhalten unzulässig (vgl. jedoch § 1021). Die Klage auf Erhaltung geht gegen den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks, ohne Rücksicht darauf, von wem und auf welche Weise (Zufall) die Anlage beschädigt oder zerstört ist. Die Klage auf Schadensersatz aus § 823 (im Falle des Verschuldens) geht aber nur gegen den Schädigenden. An der Unterhaltungspflicht des Berechtigten ändert sich auch dann nichts, wenn die Erhaltung in ordnungsmäßigem Zustand dem Eigentümer des dienenden Grundstücks (z. B. bei einem zur Anlegung von Schiffen auf dem belasteten Grundstück errichteten Uferbollwerk, dessen Erhaltung eine Uferbefestigung herbeiführt) ebenfalls zugute kommt (**RG** 112, 370).

5. Das **Interesse des Eigentümers** ist verletzt, wenn das Eigentum beschädigt oder gefährdet wird (z. B. durch Herabfallen des Stucks eines Balkons).

6. Die Landesgesetzgebung kann nach Art 115 EG die Belastung mit gewissen Grunddienstbarkeiten weiter beschränken. Hierdurch sind insbesondere die gemeinrechtlichen Regeln über die Befugnisse, die mit den einzelnen Arten der Grunddienstbarkeit verbunden sind, aufrechterhalten. § 1020 gilt gemäß Art 184 EG auch für die beim Inkrafttreten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten (**RG** Gruch 45, 1020; Warn 1919 Nr 197).

§ 1021

Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke [1]), so kann bestimmt werden [1]), daß der Eigentümer dieses Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat [2]), soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert [3]). Steht dem Eigentümer das Recht zur Mitbenutzung [4]) der Anlage zu, so kann bestimmt werden [1]), daß der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist.

Auf eine solche Unterhaltungspflicht finden die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung [5]).

E I 971 II 932; M 3 483 f.; P 3 312 ff.

1. § 1021 läßt für den Fall, daß zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine **Anlage auf dem belasteten Grundstücke** gehört (nicht, wenn die Anlage sich auf dem herrschenden Grundstück befindet), **zwei Vereinbarungen zu,** wodurch die Grunddienstbarkeit eine gewisse Eigenschaft erhält. Die Vereinbarungen können sowohl bei der Begründung der Grunddienstbarkeit als auch später getroffen werden. Auch wenn die Vereinbarung der Unterhaltungspflicht erst nach der Begründung der Grunddienstbarkeit getroffen wird, handelt es sich nicht um die Auferlegung einer Reallast im Sinne des § 1105, sondern um eine Änderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit (A 5). Die Vereinbarungen bedürfen aber gemäß §§ 873, 877 in jedem Falle der Eintragung (OLG 4, 294). Über die Art der Eintragung und die Voraussetzungen für ihre Vornahme § 1018 A 5. Auch wenn dem Berechtigten von vornherein oder nachträglich die Unterhaltungspflicht gemäß Abs 1 Satz 2 auferlegt wird, soweit es für das Mitbenutzungsrecht des Eigen-

tümers des dienenden Grundstücks erforderlich ist, genügt die Eintragung auf dem mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück (im Falle der nachträglichen Festsetzung für Preußen in Spalte Veränderungen). Denn trotz der Festsetzung dieser Unterhaltungspflicht bleibt das begründete Recht nur ein einziges Grunddienstbarkeitsrecht mit besonderer Eigenart (A 5), eine Belastung des dienenden Grundstücks. Nach § 8 GBO kann zwar auf Antrag die Grunddienstbarkeit mit der Festsetzung der Unterhaltungspflicht auch auf das herrschende Grundstück eingetragen werden, aber nur als ein dem Grundstück zustehendes Recht (in Preußen im Bestandsverzeichnisse 2; vgl. KGJ 25 A 146), nicht als eine selbständige Belastung mit der Unterhaltungspflicht (in Preußen also nicht in Abt II). Eine abweichende Ansicht vertritt KGJ 51, 247 mit der Begründung: Die Unterhaltungspflicht könne dingliche Wirkung gegen Dritte gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach § 892 nur erhalten, wenn sie im Grundbuch des herrschenden Grundstücks eingetragen werde; allerdings müsse bei der Eintragung vermerkt werden, daß die Last mit dem Erlöschen der Grunddienstbarkeit auch ihrerseits erlösche. Dieser Begründung ist entgegenzuhalten: Das Grundbuch ist ein Ganzes. Will der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Grunddienstbarkeit für sein Grundstück in Anspruch nehmen, so muß er auch die auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks als Bestandteil der Grunddienstbarkeit eingetragene Unterhaltungspflicht gegen sich gelten lassen. Die Notwendigkeit jenes vom Kammergericht erforderten Vermerks bei der Zulassung der fraglichen Eintragung zeigt, daß der Unterhaltungspflicht kein selbständiges Recht des Eigentümers des dienenden Grundstücks gegenübersteht, sondern daß es sich hierbei, ebenso wie bei dem Mitbenutzungsrecht überhaupt, nur um eine Einschränkung des Grunddienstbarkeitsrechts handelt. Nach § 873 können aber nur selbständig ein Grundstück belastende Rechte als eintragungsfähig erachtet werden. Der Erwerber des herrschenden Grundstücks erwirbt mit dem Grundstück das Grunddienstbarkeitsrecht nur mit den festgesetzten Beschränkungen, also auch mit der seinem Rechtsvorgänger obliegenden Unterhaltungspflicht. Dabei ist unerheblich, ob das Recht auf dem herrschenden Grundbuchblatt vermerkt war oder nicht und ob der Erwerber das Bestehen der Unterhaltungspflicht gekannt hat oder nicht. Denn das Grundbuch ist nicht im Sinne des § 892 unrichtig, wenn das Recht als Ganzes oder die dazu gehörende Unterhaltungspflicht im Grundbuch des herrschenden Grundstücks nicht vermerkt ist (str.).

2. Beispielsfälle für die Vereinbarung der **Unterhaltungspflicht** bezüglich: eines Treppenwegs für einen gewährten Zugang **RG** 56, 378; einer Stauschleuse für das gewährte Recht auf Anstauen des abfließenden Wassers **RG** 60, 90; einer Wehranlage und der Ufer eines Mühlgrabens zwecks Zuführung des erforderlichen Wassers zu der berechtigten Mühle **RG** 111, 92; eines Kanals zur Ableitung von Dränagewasser **RG** 79, 377; einer Schlammfanganlage für die Ableitung von Abwässern KGJ 51, 242. Wäre in solchen Fällen die Vereinbarung nicht getroffen, so hätte der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Anlage nicht zu unterhalten, sondern es wäre Sache des Eigentümers des herrschenden Grundstücks, ob er die Anlage halten will oder nicht. Nur in ersterem Falle müßte er sie gemäß § 1020 Satz 2 so weit erhalten, als es das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks erforderte. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann sich von der vereinbarten Unterhaltungspflicht dadurch befreien, daß er den Teil des Grundstücks, auf dem sich die Anlage befindet, im Grundbuch abschreiben läßt und darauf nach § 928 verzichtet. Die Unterhaltungspflicht ist, sofern sie nicht den hauptsächlichen Teil des Festgesetzten bildet, nicht als eine besondere Reallast im Sinne des § 1105 anzusehen, sondern bildet nur einen Bestandteil der Grunddienstbarkeitsbelastung (**RG** 60, 92; 79, 377; 111, 93; vgl. A 1 und 5). Es kann auch bestimmt werden, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks nur einen Teil, der Eigentümer des herrschenden Grundstücks den Rest der Unterhaltungskosten zu tragen hat. Denn hierdurch wird einesteils die Verpflichtung jenes Eigentümers zur Unterhaltung, anderenteils das Recht dieses Eigentümers auf Unterhaltung eingeschränkt (**RG** 79, 378). Über § 1021 Satz 1 hinaus kann dem Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Leistung nicht auferlegt werden (KGJ 41, 229; OLG 18, 147; 34, 192), also z. B. auch nicht die Verpflichtung zur Herstellung der Anlage (KGJ 51, 249).

3. Durch die Vereinbarung kann dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Unterhaltungspflicht nicht unbedingt, sondern nur insoweit auferlegt werden, als es das **Interesse des Berechtigten** an der Ausübung der Grunddienstbarkeit erfordert.

4. Wird im Falle des **Mitbenutzungsrechts des Eigentümers** (z. B. bei einem Treppenweg für einen gemeinschaftlichen Zugang: **RG** 56, 378) die Vereinbarung des Satz 2 nicht getroffen, so ist es Sache jedes der beiden Beteiligten, die Anlage soweit zu unterhalten, als es sein Interesse erfordert (str.). Verpflichtet ist dazu keiner von beiden. Insbesondere ist aus § 1020 Satz 2 nicht die (alleinige) Unterhaltungspflicht des Berechtigten zu folgern, da dieser danach nur bei einer solchen Anlage, die er für sich allein hält, zur Instandhaltung im Interesse des Eigentümers verpflichtet ist. Wenn dem Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht lediglich ein Mitbenutzungsrecht zusteht oder wenn gar die Anlage nur seinem Interesse dient, kann die Unterhaltungspflicht des Grunddienstbarkeitsberechtigten als eine Besonderheit der Grunddienstbarkeit nicht vereinbart werden. Falls unter solchen Umständen die Erfüllung der Unterhaltungspflicht dem Eigentümer des belasteten Grundstücks als ein Recht gewährt werden sollte, so würde es sich um die Auferlegung

einer besonderen Reallast handeln. Dasselbe würde gelten, wenn im Falle des § 1020 Satz 2 (alleiniges Benutzungsrecht des Grunddienstbarkeitsberechtigten) über das „Interesse" des Eigentümers hinaus und im Falle des Mitbenutzungsrechts (§ 1021 Abs 1 Satz 2) über das für das „Benutzungsrecht" des Eigentümers Erforderliche hinaus dem Berechtigten eine Unterhaltungspflicht auferlegt werden würde. Der Berechtigte kann sich von der gemäß § 1021 Abs 1 Satz 2 übernommenen Unterhaltungspflicht durch Verzicht auf die Grunddienstbarkeit befreien.

5. Keine Anwendung finden die Vorschriften über die Begründung der **Reallasten.** Das ergibt sich zunächst schon aus dem Wortlaut des Abs 2, der nur „auf die Verpflichtung", also auf die bereits anderweit begründete Verpflichtung die Anwendung vorschreibt, ferner aus der Vergleichung mit der entsprechenden Bestimmung des § 914 Abs 3, wonach hier allerdings allgemein die Anwendung der „Vorschriften" über die Reallast vorgeschrieben ist, schließlich aus dem Zusammenhang der beiden Absätze des § 1021, indem Abs 1 die Festsetzung, Abs 2 die Folgen der Auferlegung der Unterhaltungspflicht regelt (**RG** 79, 380). Wird also die Unterhaltungspflicht des Eigentümers oder des Berechtigten gemäß Abs 1 Satz 1 oder gemäß Abs 1 Satz 2 festgesetzt, so wird nicht eine besondere Reallast begründet, sondern dem Grunddienstbarkeitsrecht nur eine besondere, vom Gesetz zugelassene Eigenart beigelegt (**RG** 60, 92; 79, 380), sofern nur die Verpflichtung zur Duldung der Anlage zwecks Ausübung der Grunddienstbarkeit die Hauptverpflichtung gegenüber der Unterhaltungspflicht darstellt (**RG** 111, 93). Auch wenn die Unterhaltungspflicht erst nach Begründung der Grunddienstbarkeit festgesetzt wird, handelt es sich nicht um Auferlegung einer Reallast, sondern um Änderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit, indem das Recht auf Unterhaltung und die Verpflichtung dazu zum Bestandteil des Grunddienstbarkeitsrechts gemacht und dieses Recht erweitert wird (**RG** 60, 92; 111, 93). Wenn freilich die Unterhaltungspflicht die hauptsächliche Leistung ist, wird das begründete Recht sich überhaupt nicht als Grunddienstbarkeit, sondern als eine Reallast darstellen (**RG** 60, 92; 79, 377). — Von den Vorschriften über die Reallast finden namentlich die §§ 1105, 1107, 1108 Anwendung. Nach § 1105 kann auch im Falle der Unterhaltungspflicht des Berechtigten (§ 1020 Abs 1 Satz 2) die aus dieser Pflicht sich ergebende Leistung aus dem herrschenden Grundstück gefordert werden, obwohl die Pflicht nicht als (selbständige) Belastung auf dieses Grundstück eingetragen wird (A 1). Nach § 1108 haftet der Eigentümer (nicht der Pächter) des dienenden Grundstücks im Falle des § 1021 Abs 1 Satz 1 und der Eigentümer des herrschenden Grundstücks im Falle des § 1021 Abs 1 Satz 2 auch persönlich für die während der Dauer ihres Eigentums fällig werdenden Leistungen, d. h. für die Leistungen, welche während dieser Zeit notwendig geworden sind (**RG** 131, 163). Dies gilt selbst dann, wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks eine Anlage (z. B. einen Kanal zur Ableitung von Dränagewasser) zu unterhalten, der Eigentümer des herrschenden Grundstücks ihm aber einen Teil der Unterhaltungskosten jeweils zu erstatten hat (**RG** 79, 379). Im Falle der Teilung des zur Unterhaltung verpflichteten Grundstücks haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner (§ 1108 Abs 2). Doch kommen daneben die §§ 1025, 1026 (§ 1025 A 2, § 1026 A 4) zur Anwendung. Liegen dem herrschenden Grundstück Leistungen (z. B. eines Teiles der jeweiligen Kosten der Unterhaltung einer Anlage) ob, so ist das Recht des Eigentümers des dienenden Grundstücks auf die Leistungen von dem rechtlichen Bestehen der Grunddienstbarkeit abhängig. Ist diese erloschen, so hört auch das Recht auf die Leistungen auf (**RG** 79, 380). — Die in Artt 113—115 zugunsten der Landesgesetze gemachten Vorbehalte finden nach Art 116 EG auf die Unterhaltungspflicht keine Anwendung. Daher gelten für die Unterhaltungspflichten des § 1021 nur die Vorschriften des BGB, nicht auch die der Landesgesetze über die Reallasten (**RG** 60, 93). § 1021 findet gemäß Art 184 EG auch auf die beim Inkrafttreten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (**RG** 56, 381; 60, 93; 79, 380; 131, 162; OLG 4, 292). Mithin gelten vor dem Inkrafttreten des BGB getroffene Vereinbarungen, die die Unterhaltungspflicht in einer nach § 1021 unzulässigen Weise regeln, nach dem 1. 1. 1900 nicht mehr (**RG** 56, 378). Zu der Frage, ob bei einer unter dem PrAllgLandrecht begründeten Grundgerechtigkeit hinsichtlich der Unterhaltungspflicht einer Anlage trotz des Art 184 EG für die Auslegung des Vertrags noch das PrAllgLandrecht maßgebend ist, vgl. **RG** 131, 171.

§ 1022

Besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten [1]), so hat, wenn nicht ein anderes bestimmt ist [2]), der Eigentümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten [3]), soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Die Vorschrift des § 1021 Abs 2 gilt auch für diese Unterhaltungspflicht [4]).

E I 971 II 933; M 3 483 f.; P 3 312 ff.

1. Unter **baulicher Anlage** ist nicht nur ein Gebäude, sondern auch jede andere durch mensch-

liche Tätigkeit hergestellte Anlage zu verstehen (z. B. ein zum Anlegen von Schiffen dienendes Uferbollwerk: **RG** 112, 368). Dagegen gehört nicht hierher eine natürliche Erhöhung oder Vertiefung. § 1022 ist der gemeinrechtlichen servitus oneris ferendi nachgebildet (Prot 3, 483). Er greift nur dann Platz, wenn **das Recht,** eine bauliche Anlage auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks **zu halten,** den ganzen Inhalt der Grunddienstbarkeit selbst ausmacht. Ist dieses Recht nur ein Nebenrecht, das die Bestellung einer Dienstbarkeit mit dem ein Dulden oder Unterlassen bildenden Hauptinhalt mit sich bringt, so findet § 1020 oder § 1021 Anwendung (**RG** 112, 370).

2. Da nur, **wenn nicht ein anderes bestimmt ist,** die Unterhaltungspflicht des Eigentümers vorgeschrieben ist, kann diese durch Parteiwillkür auch anders geregelt werden.

3. Die im § 1022 gesetzte **Unterhaltungspflicht** bedarf als gesetzlicher Inhalt der Grunddienstbarkeit nicht der Eintragung ins Grundbuch. Dagegen ist eintragungsbedürftig eine abweichend von dieser gesetzlichen Regelung vertragsmäßig festgesetzte Unterhaltungspflicht (§ 1020 A 2, 3).

4. Gemäß § 1021 Abs 2 **gelten** also für die Unterhaltungspflicht auch die §§ 1105, 1107, 1108 über Reallasten. Vgl. hierüber sowie hinsichtlich der Landesgesetzgebung und der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten § 1021 A 5.

§ 1023

Beschränkt sich die jeweilige Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks [1]), so kann der Eigentümer [2]) die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle [3]) verlangen [4]), wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist [5]); die Kosten der Verlegung hat er zu tragen und vorzuschießen [6]). Dies gilt auch dann, wenn der Teil des Grundstücks, auf den sich die Ausübung beschränkt, durch Rechtsgeschäft bestimmt ist [1]).

Das Recht auf die Verlegung kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden [7]).

E I 972 II 934; M 3 485 f.; P 3 314 ff.

1. Der § 1023 setzt voraus, daß das ganze Grundstück mit der Grunddienstbarkeit belastet ist und daß diese ihrem Inhalt nach (wie z. B. ein Wegerecht, eine Wasserleitungsgerechtigkeit) an sich auf jedem Teil des Grundstücks ausgeübt werden kann, aber von der **jeweiligen Ausübung** immer **nur ein Teil des Grundstücks** betroffen wird (**RG** Warn 1930 Nr 109). Ob die Beschränkung der jeweiligen Ausübung auf einen Teil sich daraus ergibt, daß durch Rechtsgeschäft (den Begründungsvertrag oder eine spätere Abmachung) die Ausübung auf einen bestimmten Ort beschränkt ist, oder daraus folgt, daß die Grunddienstbarkeit nach ihrer Art und Beschaffenheit jedesmal nur auf einen Teil ausgeübt werden kann, macht für die Anwendung des § 1023 Abs 1 Satz 1 keinen Unterschied. Wenn allerdings die Befugnis zur Ausübung an jedem beliebigen Ort ausdrücklich zum wesentlichen Inhalt der Grunddienstbarkeit gemacht ist, kann die Verlegung auf einen bestimmten Ort nicht verlangt werden, da hierdurch der Berechtigte an seinem Recht selbst eine Einbuße erleiden würde (Prot 3, 315). Ist überhaupt nur ein Teil des Grundstücks mit der Grunddienstbarkeit belastet, so daß nur auf ihn das Recht eingetragen ist (OLG 21, 42) und lediglich er für das Recht (im Gegensatz zu dessen Ausübung) haftet (KGJ 31 A 311), so findet § 1023 keine Anwendung. Denn in diesem Falle gilt der Teil hinsichtlich der Grunddienstbarkeit als selbständiges Grundstück, auch wenn er auf Grund des § 6 Satz 2 GBO von dem Grundbuchblatt des Hauptgrundstücks nicht abgeschrieben ist (**RG** Gruch 48, 107 u. A 3). Vgl. über den Unterschied im Falle der Zwangsversteigerung § 1018 A 2. Die Erfordernisse der Eintragungsbewilligung, wenn das ganze Grundstück mit der Grunddienstbarkeit belastet werden, ihre Ausübung aber auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt sein soll, sind in § 1018 A 5 Abs 1 behandelt.

2. Nur der **Eigentümer,** nicht der Berechtigte kann die Verlegung verlangen. Daher enthält § 1023 eine über den § 1020 Satz 1 (schonende Ausübung) hinausgehende Verpflichtung des Berechtigten für den hier vorliegenden Fall, nämlich die Verpflichtung, die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf eine bestimmte Stelle zu beschränken.

3. Nur an eine **andere ebenso geeignete Stelle** desselben Grundstücks kann die Verlegung verlangt werden, nicht auf ein anderes Grundstück, mag es auch demselben Eigentümer gehören, mit dem belasteten Grundstück eine wirtschaftliche Einheit bilden und ebenso geeignet sein (str.; **RG** 50, 32; JW 04, 294[17]; Gruch 48, 107). Der gesetzgeberische Grund hierfür ist, daß bei Überschuldung des andern Grundstücks der Berechtigte Gefahr laufen könnte, in der Zwangsversteigerung mit seiner Grunddienstbarkeit auszufallen (Prot 3, 346). Demgegenüber ist zu einer entsprechenden Anwendung des § 1023 umso weniger Anlaß geboten, als die Verlegung auf ein

anderes Grundstück juristisch nicht mehr eine Inhaltsänderung, sondern die Aufhebung der bestehenden Dienstbarkeit unter Begründung einer neuen Dienstbarkeit bedeuten würde (RG Warn 1930 Nr 109). Ist nur ein Teil des Grundstücks (eine Parzelle) mit der Grunddienstbarkeit belastet (A 1), also diese nur auf den Teil eingetragen (OLG 21, 42), so kann die Verlegung auch nicht auf einen anderen Teil desselben Grundstücks verlangt werden, da der belastete Teil, auch wenn er auf Grund des § 6 Satz 2 GBO nicht von dem Grundbuchblatt des Hauptgrundstücks abgeschrieben worden ist, hinsichtlich der Grunddienstbarkeit gegenüber den anderen Teilen als selbständiges Grundstück anzusehen ist (RG Gruch 48, 107). Auch Verlegung auf ein dem mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück gemäß § 890 Abs 2 als Bestandteil zugeschriebenes Grundstück kann nicht verlangt werden, da letzteres nicht in die Belastung des Hauptgrundstücks eintritt. Für die Frage, ob die neue Stelle für den Berechtigten ebenso geeignet ist, kommt jedes Interesse des Berechtigten, aber nicht eine ganz unerhebliche Unbequemlichkeit in Betracht (RG JW 04, 294[17]; Gruch 48, 105; 48, 954 u. § 1020 A 1).

4. Zu richten ist das **Verlangen** nur **auf Verlegung der Ausübung der Grunddienstbarkeit,** nicht auf Änderung des Inhalts (RJA 8, 139). Auf Einschränkung der Belastung des Grundstücks hat der Eigentümer keinen Anspruch. Vielmehr belastet die Grunddienstbarkeit, auch wenn die Verlegung erfolgt, nach wie vor das ganze Grundstück. Hat hiernach das eingetragene Recht unberührt zu bleiben und das Verlangen nur die Änderung der jeweiligen tatsächlichen Ausübung des Rechts zum Ziel zu nehmen, so kann der Abschluß eines Vertrags über die Verlegung nicht beansprucht werden und auch nicht die Eintragung der Ausübungsverlegung (str.). Die Art der Ausübung des Grunddienstbarkeitsrechts gehört überhaupt nicht in das Grundbuch, da sie nur eine tatsächliche Maßnahme des Berechtigten ist (str.; a. M. OLG 8, 301; 21, 42). Kommt der Berechtigte dem gesetzlich begründeten Verlangen auf Ausübung an der vom Eigentümer bezeichneten anderen Stelle nicht nach, sondern übt er trotz des Verlangens die Dienstbarkeit an der bisherigen Stelle weiter aus, so beeinträchtigt er das Eigentum widerrechtlich. Der Eigentümer kann daher gemäß § 1004 gegen ihn darauf klagen, daß er die Ausübung der Dienstbarkeit an der bisherigen Stelle sowie überhaupt an anderer Stelle als an der bestimmt anzugebenden unterlasse (str.). Auch wenn der Berechtigte dem Verlangen freiwillig oder gezwungen durch das die Ausübung an anderer Stelle (als der verlangten) hindernde Urteil nachgekommen ist, kann nochmals Verlegung der Ausübung verlangt werden, sofern sich erweist (sei es nach Veränderung der Umstände, sei es ohne diese), daß auch die Ausübung an der zunächst verlangten Stelle für den Eigentümer besonders beschwerlich ist.

5. **Besonders beschwerlich** bedeutet, daß die Ausübung an der bisherigen Stelle für den Eigentümer nach den Umständen des Falles und der Auffassung des Verkehrs erheblich nachteiliger ist als an der durch Rechtsgeschäft bestimmten oder beim Mangel einer solchen Bestimmung als an jeder anderen Stelle des Grundstücks. Gleichgültig ist es, ob bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit diese besondere Beschwerlichkeit vorauszusehen war. Es kommt auch nicht darauf an, daß sie erst durch eine Veränderung der Umstände (wie z. B. durch Errichtung eines Gebäudes, Änderung der Ackerwirtschaft) herbeigeführt worden ist (Prot 3, 315).

6. Die **Kosten der Verlegung,** also alle Unkosten, die dem Berechtigten dadurch entstehen, daß er die Ausübung an der bisherigen Stelle aufgibt und an der verlangten Stelle die zur Ausübung erforderlichen Einrichtungen trifft (z. B. eine Wasserleitung, einen Fahrweg herstellt), **hat der Eigentümer zu tragen,** der die Verlegung verlangt hat. Sie ruhen aber nicht als dingliche Last auf dem Grundstück. Vielmehr wird durch das Verlangen nur kraft Gesetzes eine persönliche Schuldverbindlichkeit des Verlangenden begründet, die Kosten zu tragen und vorzuschießen.

7. **Ausschließung oder Beschränkung des Verlegungsrechts** verbietet Abs 2 im öffentlichen Interesse (M 3, 485). Diese Bestimmung findet ebenso wie die des Abs 1 gemäß Art 184 EG auch auf die beim Inkrafttreten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung, so daß eine vorher getroffene, dem Abs 2 entgegenstehende Vereinbarung nicht mehr wirksam ist (§ 1021 A 5 a. E.).

§ 1024

Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht [1]) an dem Grundstücke dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang [2]), so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung [3]) der Ausübung verlangen [4]).

E I 973 II 935; M 3 486 f.; P 3 321.

1. Zu den **sonstigen Nutzungsrechten** gehören der Nießbrauch, für den § 1060 die gleiche Bestimmung gibt, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, auf die § 1024 nach § 1090 Abs 2 Anwen-

dung findet, und ferner die landesgesetzlich zugelassenen (Artt 63, 68, 67 Abs 1, 65, 74, 133 EG) dinglichen Nutzungsrechte, auch solche, die wie die Mithut dem Eigentum nicht vorgehen, sondern mit ihm gleichberechtigt sind (Prot 3, 321). Das Eigentum ist kein Nutzungsrecht im Sinne des § 1024. Ihm geht die Grunddienstbarkeit grundsätzlich im Range vor (Prot 3, 321; **RG** 105, 197). Wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks dieses in gleicher Weise benutzt (z. B. im Fall einer Fischereiberechtigung selbst die Fischerei ausübt), so kann darin eine Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit im Sinne des § 1027 liegen (**RG** 105, 191; A 2 § 1027). Der Fall des Zusammentreffens (der Kollision) der Grunddienstbarkeit oder anderer Nutzungsrechte mit Reallasten, Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden wird durch die Vorschriften des ZVG (§§ 10 ff., 44 ff., 52, 90 ff.; Art 9 EGZVG) geregelt. Über das Zusammentreffen mit Miete oder Pacht vgl. §§ 577, 581.

2. Haben die zusammentreffenden Nutzungsrechte nicht **gleichen Rang**, so findet § 1024 keine Anwendung. Das vorgehende Recht hat bei seiner Ausübung den Vorzug; das nachstehende Recht muß, auch wenn es wegen des Zusammentreffens (der Kollision) nicht vollständig ausgeübt werden kann, ihm gegenüber zurückstehen. Die Rangverhältnisse bestimmen sich nach den §§ 879 bis 881. Nicht unzulässig ist es, eine Grunddienstbarkeit und eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit demselben Inhalt gleichzeitig zu bestellen (OLG 15, 359).

3. Die **Regelung** der Ausübung kann in der Weise geschehen, daß die Ausübung der Rechte zeitlich oder örtlich beschränkt oder für die Ausübung des einen Rechts eine Geldabfindung gewährt wird. Letzteres wird namentlich bei Nutzungsrechten, die verpachtet werden können, in Betracht kommen. Fällt das mit der Grunddienstbarkeit zusammentreffende Nutzungsrecht fort, so kommt auch die freiwillige oder durch Urteil festgesetzte (A 4) Regelung der Ausübung von selbst in Fortfall.

4. Für das **Verlangen der Ausübungsregelung** gilt entsprechend, was in § 1023 A 5 über das Verlangen der Ausübungsverlegung bemerkt ist. Da es sich nicht um eine Änderung des Inhalts, sondern nur um eine gegenseitige Beschränkung der Gleichberechtigten bei der tatsächlichen Ausübung ihrer Rechte im Interesse ihrer aller handelt, kann auch hier weder der Abschluß eines Vertrags über die neue Art der Ausübung noch eine Eintragung verlangt werden. Letztere ist überhaupt nicht zulässig, da das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über die zur Ausübung des Rechts zulässigen tatsächlichen Maßnahmen des Berechtigten Auskunft zu geben. Wird dem Verlangen des einen Gleichberechtigten von den anderen nicht freiwillig stattgegeben, üben diese vielmehr ihre Rechte auch fernerhin derartig aus, daß der Verlangende sein Recht nicht oder nicht in der Weise auszuüben vermag, wie sie den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechen würde, so beeinträchtigen sie sein Recht widerrechtlich. Er kann daher (§§ 1027, 1065, 1090 in Verbindung mit § 1004) gegen sie darauf klagen, daß sie jede Ausübung ihrer Rechte unterlassen, die anders ist als die bestimmt zu bezeichnende, den Interessen aller Berechtigten billigerweise entsprechende (str.; M 3, 486). Der Anspruch unterliegt nicht der Verjährung, da er ein Anspruch aus eingetragenem Recht im Sinne des § 902 ist (Prot 3, 321). Nach Art 184 EG ist der Anspruch auch für und gegen die Inhaber der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Nutzungsrechte gegeben (§ 1021 A 5 a. E.).

§ 1025

Wird das Grundstück des Berechtigten geteilt [1]), so besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Teile fort [2]); die Ausübung ist jedoch im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird [3]). Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteile [4]), so erlischt [5]) sie für die übrigen Teile [6]).

E I 976 II 936; M 3 487 ff.; P 3 317 f.

1. **Geteilt wird das herrschende Grundstück**, wenn ein Teil von einem anderen als dem bisherigen Eigentümer erworben wird; aber auch dann, wenn ein Teil des Grundstücks ohne Wechsel des Eigentümers von dem Grundbuchblatt abgeschrieben wird und ein neues Grundbuchblatt erhält oder durch gesonderte Buchung auf dem bisherigen Grundbuchblatt zu einem selbständigen Grundstück (§ 1018 A 3) gestaltet wird (M 3, 487; E I 787; KGJ 53, 171).

2. Wenn die Grunddienstbarkeit darin besteht, daß auf dem belasteten Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder daß die Ausübung eines Rechts des Eigentümers des belasteten Grundstücks ausgeschlossen ist, so folgt aus dem **Fortbestehen für die einzelnen Teile**, daß jeder Eigentümer eines jeden Teiles des herrschenden Grundstücks, weil ihm an sich die ganze Grunddienstbarkeit zusteht, auf Unterlassung der Handlung oder der Ausübung des Rechts klagen kann. Darf der Berechtigte vom Eigentümer die Unterhaltung einer Anlage nach § 1021 Abs 1 Satz 1 oder nach § 1022 fordern, so kann im Falle der Teilung des herrschenden Grundstücks jeder Teileigentümer auf Unterhaltung der Anlage (mittelbare Leistung) klagen. Denn das Recht auf die Unterhaltung der Anlage stellt sich nicht als besondere Reallastberechtigung, sondern als ein

Bestandteil der Grunddienstbarkeit dar, so daß nicht § 1109, insbesondere nicht Abs 2, sondern § 1025 zur Anwendung kommt (str.; § 1021 A 5). Falls die Grunddienstbarkeit darin besteht, daß der Berechtigte das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf (erster Fall des § 1018), kann der Eigentümer eines jeden Teiles des herrschenden Grundstücks die Grunddienstbarkeit nicht nur im Rechtswege als sein Recht geltend machen, sondern sie auch im ganzen ausüben, soweit ihm nicht durch Halbs 2 § 1025 oder durch besondere Vertragsabrede (A 3) in der Ausübung Schranken gesetzt sind oder die Grunddienstbarkeit nach Satz 2 § 1025 erloschen ist. Das Fortbestehen der Grunddienstbarkeit für alle Teile äußert seine Wirkung auch im Falle der Zwangsversteigerung (§ 92 ZVG). Auf den Fall des § 1021 Abs 1 Satz 2 (Pflicht des Berechtigten zur Unterhaltung einer Anlage, an der dem Eigentümer ein Mitbenutzungsrecht zusteht) findet § 1025 keine Anwendung. Denn das mit der Grunddienstbarkeit belastete Grundstück ist gegenüber dem herrschenden Grundstück nicht in Ansehung der Unterhaltungspflicht als herrschendes Grundstück im Sinne des § 1025 anzusehen (§ 1021 A 1, 5). Soweit nicht infolge Teilung des belasteten Grundstücks einzelne Teile gemäß § 1026 von der Grunddienstbarkeit frei werden, folgt das Recht auf die Unterhaltung für den Eigentümer eines jeden Teiles aus der durch die Unterhaltungspflicht des Berechtigten eingeschränkten Grunddienstbarkeitsbelastung seines Teiles von selbst (str.).

3. Besonders dann, wenn der Berechtigte das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf (erster Fall des § 1018), wird bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit eine Vereinbarung darüber getroffen sein können, ob im Falle einer Teilung des herrschenden Grundstücks das Maß der Ausübung sich nach dem Bedürfnis der einzelnen Teile richten soll oder nicht. Der Halbs 2 gibt in dieser Beziehung eine Auslegungsregel dahin, daß **im Zweifel die Ausübung** der ganzen Grunddienstbarkeit durch alle Eigentümer der Teile des herrschenden Grundstücks für den Eigentümer des belasteten Grundstücks **nicht soll beschwerlicher werden dürfen.** Ist daher bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit keine Bestimmung für den Fall der Zerstücklung des herrschenden Grundstücks getroffen und liegt kein Fall des Satz 2 vor (Dienstbarkeit nur einem bestimmten Teile von Nutzen gewesen), so ist nach der Grundstücksteilung eine durch ein gewisses Maß bestimmte Dienstbarkeit (z. B. wenn nur eine bestimmte Anzahl Vieh zur Weide soll aufgetrieben oder nur eine bestimmte Menge Bodenbestandteile aus dem belasteten Grundstück soll entnommen werden dürfen) von den einzelnen Teilnehmern verhältnismäßig auszuüben. Bei unbestimmten Dienstbarkeiten aber hat die Ausübung von allen Teilnehmern gemeinschaftlich zu erfolgen, soweit nicht auch diese Ausübung noch für den Belasteten beschwerlicher ist als die frühere Ausübung durch den einen Berechtigten (**RG** Gruch 26, 999; 32, 943). Überschreiten die mehreren Berechtigten bei der Ausübung des an sich einem jeden von ihnen zustehenden Grunddienstbarkeitsrechts (A 2) das hiernach von einem jeden einzuhaltende Maß des tatsächlichen Ausübens, so beeinträchtigen sie das belastete Eigentum widerrechtlich. Der Eigentümer kann dann also nach § 1004 gegen sie darauf klagen, daß sie die Grunddienstbarkeit nicht anders ausüben als in der von ihm bestimmt zu bezeichnenden Art und Weise (str.). Auf eine Vereinbarung der mehreren Berechtigten darüber, in welcher Weise und zu welchem Maße die Grunddienstbarkeit von jedem ausgeübt werden soll, ist § 745 entsprechend anzuwenden. Der belastete Eigentümer ist aber daran nicht gebunden, wenn er zu der Vereinbarung nicht hinzugezogen ist.

4. Die Dienstbarkeit gereicht **nur einem der Teile zum Vorteile** z. B. dann, wenn sie darin besteht, daß der Berechtigte einen Teil eines Gebäudes, dessen anderer Teil auf seinem Grundstück sich befindet, auf dem belasteten Grundstück stehen lassen kann (KGJ 25 A 141).

5. Die Grunddienstbarkeit **erlischt für die übrigen Teile** kraft Gesetzes mit der Abschreibung der einzelnen Teile, ohne daß es ihrer Löschung auf den betroffenen Teilen oder einer Einwilligung der Eigentümer dieser Teile bedarf. Ist sie auf dem Grundbuchblatt des nunmehr geteilten Grundstücks gemäß § 8 Abs 1 GBO vermerkt und steht zur Zeit der Abschreibung bereits fest, daß sie für einzelne Teile erlischt, so ist sie auf die Grundbuchblätter für diese Teile nicht (in Preußen nach Bestandsverzeichnis 2) mitzuübertragen. Ist trotzdem die Übertragung erfolgt, so hat das Grundbuchamt gemäß § 8 Abs 2 GBO die Vermerke von Amts wegen zu berichtigen, also zu streichen. Die Streichung von Amts wegen hat aber zur Voraussetzung, daß zuvor auf das belastete Grundstück eingetragen ist, daß die Grunddienstbarkeit für die betroffenen Teile nicht mehr besteht (KGJ 25 A 146). Diese Eintragung (teilweise Löschung) erfolgt im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs 1 GBO. Denn das Grundbuch des belasteten Grundstücks ist durch das kraft Gesetzes eingetretene teilweise Erlöschen der Berechtigung unrichtig geworden (KGJ 24 A 118). Freilich wird der belastete Eigentümer dem Grundbuchamt nur selten einen zweifelsfreien urkundlichen Nachweis des Erlöschens erbringen können. Regelmäßig wird daher eine freiwillige (§§ 19, 29 Satz 1 GBO) oder gemäß § 894 ZPO durch Urteil ersetzte Bewilligung der betroffenen Berechtigten zur Berichtigung erforderlich sein. Auf diese Bewilligung hat aber der Eigentümer nach § 894 BGB ein Recht.

6. § 1025 findet gemäß Art 184 EG auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (§ 1021 A 5 a. E.).

§ 1026

Wird das belastete Grundstück geteilt [1]), so werden, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt [2]) ist, die Teile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei [3]).

E I 975 II 937; M 3 487ff.; P 3 317.

1. Wird **das belastete Grundstück geteilt,** so haftet die Grunddienstbarkeit nach dem Grundsatz ihrer Unteilbarkeit regelmäßig, wie bisher auf dem ganzen Grundstück, so auch fortan auf allen Teilen (Prot 3, 317). Auch wenn die Grunddienstbarkeit vor der Teilung nur auf einzelnen Flächen des Grundstücks ausgeübt werden konnte oder doch tatsächlich ausgeübt wurde, blieb darum doch das ganze Grundstück belastet und wurden die anderen Flächen nicht von der Haftung frei (KGJ 31 A 311; SeuffA 74 Nr. 31; § 1023 A 1, 3). Nach jenem Grundsatz müßte daher die Grunddienstbarkeit auch bei einer Teilung des Grundstücks an allen Teilen, trotz der Beschränkung ihrer Ausübung auf einzelne Flächen, als Grundstücksbelastung bestehenbleiben. § 1026 nimmt jedoch diesen Fall von dem Grundsatz aus und bestimmt das Erlöschen des Dienstbarkeitsrechts an denjenigen bei einer Teilung abgesonderten Grundstücksteilen, die außerhalb des Bereichs der auf einen bestimmten Teil beschränkten Ausübung des Rechts liegen. Die Vorschrift setzt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen über das Bedenken hinweg, daß der Berechtigte durch das Erlöschen des Rechts an den von der Ausübung nicht berührten Teilen und durch die daraus sich ergebende Minderung der Haftungsgegenstände für das Recht unter Umständen bei der Zwangsversteigerung geschädigt werden kann (M 3, 488; Prot 3, 317). Eine Teilung kann auch ohne einen Wechsel des Eigentümers stattfinden (§ 1025 A 1). Voraussetzung für die Anwendung des § 1026 ist, daß durch die Teilung der Bestand und die Ausübung der Dienstbarkeit rechtlich und wirtschaftlich in keiner Weise berührt wird (OLG 45, 221).

2. Die **Beschränkung der Ausübung** des das ganze Grundstück belastenden Rechts auf einen bestimmten Teil kann sich aus dem Inhalt der Grunddienstbarkeit von selbst ergeben (z. B. bei Wegegerechtigkeiten und Traufrechten: KGJ 4, 167; 31 A 310; bei dem Recht auf Entnahme von Mergel aus einer bestimmten Mergelgrube: KGJ 24 A 118; bei einer Beschränkung der Bebaubarkeit: SeuffA 74 Nr 31). Sie kann aber auch aus dem Rechtsgeschäft der Bestellung folgen. Nicht hierher gehört der Fall, daß nur die tatsächliche Ausübung im Einzelfall sich jeweils auf einen Teil beschränkt, daß aber an sich, soweit nicht § 1020 entgegensteht, bei jedem Fall der Ausübung beliebig ein anderer Teil zur Ausübung gewählt werden kann (§ 1023 A 1). Auch in einem solchen Falle kann aber § 1026 Anwendung finden, wenn die Ausübung an dem einen oder anderen Teil dauernd unmöglich ist (KGJ 31 A 312).

3. Die außerhalb des Ausübungsbereichs liegenden **Teile werden kraft Gesetzes frei** mit der Abschreibung der Teile vom belasteten Grundstück, ohne daß es einer Löschung der Belastung auf diesen Teilen oder einer Bewilligung des Berechtigten bedarf. Steht bei der Abschreibung bereits fest, daß die Teile außerhalb des Ausübungsbereichs liegen, so hat das Grundbuchamt die Dienstbarkeit auf die Grundbuchblätter der Teile nicht mitzuübertragen (KGJ 24 A 120). Hat die Mitübertragung trotzdem stattgefunden, so können die Eigentümer der befreiten Teile gemäß § 22 Abs 1 GBO Berichtigung des Grundbuchs beantragen, da ihr die Belastung aufführendes Grundbuchblatt wegen Nichtbestehens der Belastung unrichtig ist (KGJ 24 A 120). Kann jedoch dem Grundbuchamt nicht urkundlich nachgewiesen werden, daß die Teile außerhalb des Ausübungsbereichs liegen, so ist zur Löschung die freiwillige (§§ 19, 29 Satz 1 GBO) oder gemäß § 894 ZPO durch Urteil ersetzte Bewilligung des Berechtigten zur Löschung erforderlich. Auf die Erteilung dieser Bewilligung haben die Eigentümer der freigewordenen Teile gemäß § 894 BGB ein Recht. — § 1026 findet auch auf die Unterhaltungspflicht des Eigentümers aus § 1021 Abs 1 Satz 1 und aus § 1022 Satz 1 Anwendung, und zwar in der Weise, daß dem Berechtigten das Recht auf Unterhaltung nur gegen die Eigentümer derjenigen Teile zusteht, die von der Dienstbarkeit nicht frei werden. Ferner findet § 1026 auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (Art 184 EG; § 1021 A 5 a. E.). Nicht anwendbar ist er dagegen auf den Fall des § 1021 Abs 1 Satz 2 (Pflicht des Berechtigten zur Unterhaltung einer Anlage, an der dem Eigentümer ein Mitbenutzungsrecht zusteht). Denn das herrschende Grundstück ist nicht hinsichtlich der Unterhaltungspflicht als ein mit einer Grunddienstbarkeit belastetes Grundstück im Sinne des § 1026 anzusehen (str.). Wird das herrschende Grundstück geteilt, so fällt zwar die Unterhaltungspflicht derjenigen Teileigentümer fort, für deren Teile das Grunddienstbarkeitsrecht gemäß § 1025 Satz 2 erlischt. Das findet aber seinen Grund darin, daß Recht und Unterhaltungspflicht im untrennbaren Zusammenhang stehen. Den anderen Teileigentümern liegt deshalb beim Fortbestehen des Rechts für ihre Teile (§ 1025 Halbs 1) auch die Unterhaltungspflicht ob (§ 1025 A 2).

§ 1027

Wird eine Grunddienstbarkeit[1]) beeinträchtigt[2]), so stehen dem Berechtigten[3]) die im § 1004 bestimmten Rechte zu[4]).

E I 978 II 938; M 3 489; P 3 327.

1. Die **Grunddienstbarkeit** muß beeinträchtigt sein. Es genügt nicht, daß sich die Störung nur gegen die Person des die Grunddienstbarkeit Ausübenden richtet.

2. Die Grunddienstbarkeit wird durch völlige Verhinderung, aber auch durch nur teilweise tätliche Störung ihrer Ausübung **beeinträchtigt.** Beispielsfall: die Errichtung eines Gebäudes auf der Fläche, die gemäß der Grunddienstbarkeit unbebaut bleiben sollte (**RG** 47, 359). Bei einer Fischereiberechtigung an einem Gewässer kann eine Beeinträchtigung darin liegen, daß der Eigentümer des Gewässers selbst die Fischerei ausübt (**RG** 105, 191). Auch bloße Worte oder Drohungen können unter Umständen, namentlich wenn sie ein Bestreiten des Rechts enthalten und mit einem förmlichen Verbot fernerer Ausübung oder mit Androhung tätlicher Verhinderung verbunden sind, eine Behinderung der Ausübung und damit eine Beeinträchtigung der Dienstbarkeit darstellen (**RG** JW 08, 274[9]). Das Bestreiten des Rechts im Rechtsstreit stützt aber für sich allein die Klage nicht. Denn die Verteidigung ist, mag sie auch unbegründet sein, doch nicht widerrechtlich. Ist das Bestreiten außerhalb des Rechtsstreits kein derartiges, daß darin eine Beeinträchtigung des Rechts zu finden ist, so kann nur unter den Erfordernissen des § 256 ZPO eine Feststellungsklage erhoben werden. Über den Fall der Beeinträchtigung durch uneingeschränkte Ausübung eines im Range gleichstehenden Rechts vgl. § 1024 A 4.

3. Berechtigter ist der Eigentümer des herrschenden Grundstücks, im Falle des Miteigentums jeder Miteigentümer, im Falle der Teilung jeder Teileigentümer, sofern nicht für seinen Teil die Dienstbarkeit gemäß § 1025 Satz 2 erloschen ist. Dem Nießbraucher steht, wie die Nutzung des Grundstücks überhaupt (§ 1030), so auch die Ausübung der Grunddienstbarkeit zu, da diese gemäß § 96 einen Bestandteil des Grundstücks bildet. Daher liegt in der Störung der Dienstbarkeitsausübung zugleich eine Störung seines Nießbrauchsrechts, so daß er auf Grund des § 1065 gegen die Störung ebenso wie der Dienstbarkeitsberechtigte selbst nach § 1027 einzuschreiten befugt ist. Mieter des herrschenden Grundstücks sind weder Dienstbarkeitsberechtigte, noch haben sie nach dem Gesetz gleich dem Dienstbarkeitsberechtigten oder dem Nießbraucher eine Klage (aus § 1004) wegen Störung ihres Rechts. Sie können nur unter den Voraussetzungen des § 256 ZPO eine Klage auf Feststellung des Bestehens der Grunddienstbarkeit gegen den Bestreitenden erheben (str.). Für den Besitzer des herrschenden Grundstücks gewährt § 1029 Besitzesschutz (dort A 1).

4. Die **im § 1004 bestimmten Rechte** begründen die Klage auf Beseitigung der Störung und, falls weitere Störungen zu besorgen (nicht bloß möglich: **RG** 63, 374) sind, auch die Klage auf Unterlassung (**RG** 77, 218; Warn 1911 Nr 331) gegen den Störer, selbst wenn er nicht der Eigentümer des belasteten Grundstücks, sondern ein Dritter ist (**RG** Warn 1911 Nr 331; OLG 15, 361; 18 S. 148, 149). Störer ist zunächst, wer eine die Grunddienstbarkeit beeinträchtigende Handlung vornimmt. Aber auch derjenige „stört", der die störende Handlung durch einen Beauftragten vornehmen läßt oder auf dessen Willen ein störendes Ereignis zurückzuführen ist. Störer ist weiterhin, wer einen die Ausübung der Dienstbarkeit (ganz oder teilweise) hindernden Zustand oder von ihm veranlaßte, fortdauernd gleichmäßig erfolgende, die Ausübung der Dienstbarkeit störende Maßnahmen (z. B. den Transport von Schiffen, wodurch eine Fischereigerechtigkeit beeinträchtigt wird) trotz der von der störenden Einwirkung erlangten Kenntnis nicht beseitigt, obwohl die Beseitigung von seinem Willen abhängt (**RG** 55, 55; Warn 09 Nr 143; 1911 Nr 331; Gruch 45, 1008; 45, 1016; SeuffA 58 Nr 15; 60 Nr 18; 60 Nr 103). Schließlich ist Störer der Eigentümer des dienenden Grundstücks, wenn er duldet, daß ein anderer die Dienstbarkeit störende Veranstaltungen auf seinem Grund und Boden vornimmt. Denn er ist verantwortlich dafür, daß die auf seinem Eigentum lastende Dienstbarkeit ausgeübt werden kann, und ist daher verpflichtet, Störungen zu beseitigen (**RG** 47, 162; JW 00, 840[6]; 02 Beil 187; Warn 1911 Nr 331). Störer ist aber nicht ein früherer Eigentümer des dienenden Grundstücks deswegen, weil er bei der Veräußerung gewußt hat, daß der Erwerber eine Anlage herstellen wolle, die eine Beeinträchtigung der Dienstbarkeit herbeiführen müsse, und weil demnächst diese Anlage hergestellt worden ist. Denn die Veräußerung läßt das Dienstbarkeitsrecht unberührt, und der Berechtigte kann sich gegenüber dem Erwerber der Herstellung der störenden Anlage erwehren (**RG** Warn 1911 Nr 331). Daß der Störende ein Recht zu der störenden Handlung behauptet, also eine Rechtsanmaßung, ist keine Voraussetzung für die Klage (**RG** Gruch 44, 1095). Hat er aber ein Recht zu der Handlung (z. B. weil ihm eine beeinträchtigende Anlage vom Berechtigten gestattet ist), so ist die Klage ausgeschlossen. Erforderlich ist ferner nicht, daß den Störenden ein Verschulden trifft; vielmehr genügt das Vorliegen einer objektiv widerrechtlichen Störung (**RG** 51, 411; Gruch 46, 653; § 1004 A 1). Soll aber ein Schadensersatzanspruch (§§ 823ff.) wegen der Störung geltend gemacht werden, so ist ein Verschulden Voraussetzung

hierfür (RG 45, 300; 58, 132; 61, 256; 63, 379; JW 02, 70; Warn 1911 Nr 331). Dabei sind die §§ 1004, 1027 als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs 2 zu erachten (RG 51, 177; JW 04, 360[16]; Warn 1910 Nr 18 u. 281; 1911 Nr 331). Ein Verschulden des Störers ist jedoch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ausnahmsweise nicht Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch, wenn die Beeinträchtigung des Dienstbarkeitsrechts von einer gewerblichen oder gemeinnützigen Anlage ausgeht und dem Verletzten wegen obrigkeitlicher Genehmigung der Anlage die Befugnis versagt ist, den widerrechtlichen Eingriff abzuwehren. Denn in einem solchen Falle tritt die Entschädigungsforderung an die Stelle des Anspruchs auf Abwehr (RG 58, 130; 63, 374; 135, 312; JW 04, 360[16]; 07, 299[1]; 1910, 580[15]; Warn 1911 Nr 331; 1916 Nr 30). Behauptet der Störer, die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechts eines Dritten vorgenommen zu haben (z. B. als Nießbraucher), so kommt § 77 ZPO zur Anwendung. Die Ansprüche aus § 1027 sind, wenn die Grunddienstbarkeit eingetragen ist, gemäß § 902 unverjährbar. Auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Dienstbarkeiten findet gemäß Art 184 EG die Vorschrift des § 1027 ebenfalls Anwendung (§ 1021 A 5 a. E.). Sie brauchen aber nicht eingetragen zu sein (Art 187 EG). Dann entfällt für sie § 902.

§ 1028

Ist auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird, errichtet worden [1]), so unterliegt der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung der Beeinträchtigung der Verjährung, auch wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist [2]). Mit der Verjährung des Anspruchs erlischt die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht [3]).

Die Vorschriften des § 892 finden keine [4]) Anwendung [5]).

P 3 321ff.

1. **Eine auf dem belasteten Grundstück errichtete beeinträchtigende Anlage** ist eine mit dem Grund und Boden des dienenden Grundstücks verbundene dauernde Einrichtung (z. B. ein Gebäude, eine aufgesetzte Mauer, Anpflanzungen, Gräben, Dämme), wodurch die Ausübung der Grunddienstbarkeit (z. B. einer Wegegerechtigkeit) völlig oder teilweise verhindert wird (§ 1027 A 2). Gleichgültig ist, von wem sie errichtet ist, ob von dem Eigentümer oder von einem Dritten. Auch darauf kommt es nicht an, ob die Anlage im Glauben an ein Recht hergestellt ist. Selbst dann, wenn der Errichtende die Anlage im bösen Glauben heimlich oder gewaltsam errichtet hat, findet § 1028 Anwendung. Verfall einer der Dienstbarkeit dienenden Anlage aber genügt nicht. Es muß vielmehr eine besondere neue Anlage hergestellt sein, die zwar nicht die Ausübung der Dienstbarkeit gänzlich unmöglich zu machen braucht, aber wenigstens der Ausübung an der betreffenden Stelle hindernd entgegenstehen muß.

2. Daß **der Anspruch auf Beseitigung trotz Eintragung der Verjährung unterliegt,** ist eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 902 Abs 1 Satz 1. Auf die Verjährung des Anspruchs finden die §§ 194ff. Anwendung (§ 901 A 3, 4). Ein Wechsel in der Person des Eigentümers des herrschenden oder des belasteten Grundstücks hat auf die Verjährung keinen Einfluß, da im ersteren Falle derselbe Anspruch für den Nachfolger besteht und im letzteren Falle die Besitzzeit des Rechtsvorgängers gemäß § 221 in die Verjährungszeit eingerechnet wird. Wenn die Errichtung der Anlage von dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks auf eine bestimmte Zeit gestattet ist, kann die Verjährung des Beseitigungsanspruchs nicht vor Ablauf der Zeit beginnen, da bis dahin ein Anspruch nicht besteht (§ 198).

3. Daß die Dienstbarkeit **mit der Vollendung der Anspruchsverjährung erlischt, soweit ihr der Anlagebestand widerspricht,** ist eine Ausnahme von der Regel, daß das dingliche Recht selbst weder verjährt noch durch Verjährung des Anspruchs daraus erlischt. Diese Ausnahme entspricht derjenigen des § 901 Satz 1, geht jedoch insofern noch weiter, als die Grunddienstbarkeit auch dann erlischt, wenn sie eingetragen ist (vgl. § 901 A 1, 2). Das Erlöschen tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es einer Löschung oder einer Bewilligung des Berechtigten bedarf. Das Grundbuch wird unrichtig. Der Belastete kann die Berichtigung gemäß § 22 Abs 1 GBO beantragen. Vermag er das Erlöschen nicht urkundlich nachzuweisen, so kann er gemäß § 894 von dem Berechtigten Einwilligung in die Löschung (§§ 19, 29 Satz 1 GBO; § 894 ZPO) verlangen. Die Dienstbarkeit erlischt aber nur in dem Maße, als durch die Anlage ihre Ausübung gehindert wird, also nicht immer gänzlich. Wenn z. B. im Falle einer zum Gehen und Fahren auf allen Teilen berechtigenden Wegegerechtigkeit durch eine Mauer die Benutzung des Grundstücks zum Gehen und Fahren nur an der Stelle verhindert ist, an der die Mauer errichtet wurde, so können die übrigen Grundstücksteile auch fernerhin dazu benutzt werden.

4. Der **Ausschluß der Anwendung des § 892** soll bedeuten, daß sich der gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerber des herrschenden Grundstücks nicht darauf berufen kann, daß die erloschene

Dienstbarkeit noch auf dem belasteten Grundstück eingetragen oder auch gemäß § 8 Abs 1 GBO auf dem herrschenden Grundstück vermerkt steht. Im Grunde genommen folgt dies schon daraus, daß der Vermerk auf dem herrschenden Grundstück für die Rechtswirkung eines gutgläubigen Erwerbs nicht in Betracht kommt (§ 1021 A 1; KGJ 25 A 146) und daß der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nur für das Grundbuch desjenigen Grundstücks wirkt, das von dem Erwerb betroffen wird.

5. § 1028 findet auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung; Abs 2 aber nur, wenn sie eingetragen sind (Art 184 EG; OLG 18, 148). Solange sie nicht eingetragen sind, können sie auch anderweit nach Maßgabe landesgesetzlicher Bestimmungen erlöschen (Artt 189 Abs 3, 187, 128 EG).

§ 1029

Wird der Besitzer [1]) eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen [2]) Grunddienstbarkeit gestört [3]), so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften [4]) entsprechende Anwendung, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt [5]) worden ist [6]).

E I 979 II 939; M 3 489ff.; P 3 318ff.

1. Besitzer ist zunächst der unmittelbare Besitzer (§ 854), und zwar sowohl der Eigenbesitzer (§ 872), Teilbesitzer (§ 865), Mitbesitzer (§ 866) als auch der Besitzer, der einem anderen gegenüber im Sinne des § 868 auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, wie der Pächter, Nießbraucher. Nach Maßgabe des § 860 (Selbsthilfe) genießt Besitzschutz auch der Besitzdiener (§ 855). Ferner hat nach § 869 der mittelbare Besitzer (§§ 868, 870, 871) die Besitzklage, wenn der unmittelbare Besitzer gestört wird.

2. Für den Eigentümer, nicht den die Grunddienstbarkeit ausübenden Besitzer des Grundstücks muß die Grunddienstbarkeit **eingetragen** sein. Während also das BGB keine allgemeinen Vorschriften über den Besitz von Rechten und dessen Schutz gibt, gewährt es durch § 1029 gerade für Grunddienstbarkeiten Besitzschutz, aber nur unter der doppelten Voraussetzung, daß mit dem Besitz Sachbesitz des herrschenden Grundstücks verbunden und daß die Dienstbarkeit, die kraft Besitzes des Grundstücks ausgeübt wird, wenigstens vermutungsweise (§ 891) als ein bestehendes Recht anzusehen, mithin für den Eigentümer eingetragen ist. Die Eintragung genügt. Auch wenn sie zu Unrecht besteht, ist der Besitzschutz gegeben. Umgekehrt besteht für eine zu Unrecht gelöschte Grunddienstbarkeit kein Besitzschutz (M 3, 491).

3. Störung ist sowohl die vollständige Behinderung als auch die sonstige Beeinträchtigung der Ausübung der Grunddienstbarkeit (§ 1027 A 2).

4. Die für **den Besitzschutz geltenden Vorschriften** sind: **§ 858** (Behinderung oder Störung in der Ausübung durch verbotene Eigenmacht schafft gegenüber dem Besitzer einen fehlerhaften Zustand, der auch gegen den Rechtsnachfolger des Störenden, z. B. des belasteten Eigentümers, gilt); **§ 859 Abs 1, 3** (Selbstschutz gegen eigenmächtige Behinderung der Ausübung, z. B. gegen Versperrung des Weges bei der Wegegerechtigkeit oder gegen Beseitigung einer Anlage, durch Gewalt oder Wiederbemächtigung); **§§ 861, 862** (Besitzklagen wegen eigenmächtiger Behinderung oder Störung der Ausübung, die bei fehlerhafter Besitzerlangung im Laufe eines Jahres vor der Störung ausgeschlossen sind, z. B. wenn in Ausübung der Dienstbarkeit gegen den Willen des Belasteten eine Anlage errichtet ist, die der Belastete innerhalb Jahresfrist wieder beseitigt); **§ 863** (Einwendung gegen die Besitzklage aus dem Recht, z. B. daß die eingetragene Dienstbarkeit tatsächlich nicht bestehe); **§ 864** (Erlöschen des Besitzanspruchs durch Nichterhebung der Besitzklage innerhalb eines Jahres seit der Behinderung oder Störung). Besteht die Ausübung der Grunddienstbarkeit im Sachbesitz eines Teils des dienenden Grundstücks (wie z. B. bei der Überbaudienstbarkeit auf Haben eines Teils des Gebäudes, dessen anderer Teil auf dem herrschenden Grundstück steht: § 1018 A 7), so finden die Vorschriften über den Sachbesitz unmittelbar Anwendung.

5. Der Besitz wird nur **so weit geschützt, als die Grunddienstbarkeit ausgeübt ist,** aber auch nicht weiter, als sie im Grundbuch eingetragen steht. Durch die **einmalige Ausübung** der Grunddienstbarkeit wird deren Besitz **auf ein Jahr** erworben, nicht auf längere Zeit, auch dann nicht, wenn die Grunddienstbarkeit nur in längeren Zwischenräumen als ein Jahr (z. B. im Falle einer Überschwemmung) ausgeübt werden kann. Anderseits kann der Besitz aber nach allgemeinen Vorschriften auch schon vor Ablauf des Jahres verloren gehen (z. B. wenn der Besitzer ihn aufgibt). Was erforderlich ist, damit die Grunddienstbarkeit ausgeübt ist, richtet sich nach ihrem Inhalt. Die Anlage, zu deren Halten die Grunddienstbarkeit berechtigt, muß innerhalb eines Jahres vor der Störung bestanden haben. Die Handlung, zu deren Vornahme die Grunddienstbarkeit berechtigt (z. B. bei einer Wegegerechtigkeit das Gehen), muß vorgenommen sein. Besteht die

Grunddienstbarkeit darin, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Handlung nicht vornehmen darf, so genügt zur Ausübung die Unterlassung dieser Handlung. Daneben ist nicht noch ein besonderes Verbot der Vornahme der Handlung erforderlich, da die Zuwiderhandlung bereits durch die Eintragung verboten ist (str.). Nötig ist, daß die Ausübungshandlung mit dem Willen, die Dienstbarkeit auszuüben, vorgenommen ist (OLG 6, 255). Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn die Handlung dem Inhalt der eingetragenen Grunddienstbarkeit entspricht. Eine Ausübung der Grunddienstbarkeit liegt aber z. B. nicht vor, wenn die Handlung nach vorheriger Bitte um die Erlaubnis vorgenommen ist oder wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Handlung, zu deren Vornahme er nach dem Inhalt der eingetragenen Grunddienstbarkeit nicht befugt war, auf Bitten des Besitzers unterlassen hat (OLG 6, 255). Die Ausübung braucht nicht durch den Besitzer des Grundstücks selbst geschehen zu sein, sondern kann auch durch dritte Personen (z. B. bei einer Wegegerechtigkeit durch Besucher des Besitzers) erfolgen.

6. Eine **Übergangsvorschrift** für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehende Grunddienstbarkeit gibt Art 191 EG (OLG 6, 255).

Zweiter Titel

Nießbrauch

1. Von dem Eigentum kann das Recht auf die Nutzungen abgetrennt und als selbständiges **dingliches Recht** bestellt werden. Dieses Nießbrauch genannte Recht ist an die Person des Nießbrauchers gebunden, nicht vererblich und nicht veräußerlich (§§ 1061, 1059). Die Dinglichkeit des Nießbrauchs schließt es aus, daß sein Bestand durch Rechtshandlungen des Eigentümers oder dritter Personen beeinträchtigt werden kann. Durch die Zwangsverwaltung, die ohne Rücksicht auf die Belastung des Grundstücks mit einem Nießbrauch eingeleitet werden kann, wird das dingliche Recht und der Besitz des Nießbrauchers nicht berührt. Mit dem dinglichen Recht des Nießbrauchs sind zugleich kraft Gesetzes **schuldrechtliche Verpflichtungen** verbunden. Das schuldrechtliche Verhältnis besteht (vgl. namentlich § 1036 Abs 2) — abgesehen von dem Nießbrauch an verbrauchbaren Gegenständen (§ 1067) und abgesehen von den Verpflichtungen des Nießbrauchers eines Vermögens hinsichtlich der Schulden des Nießbrauchbestellers (§§ 1086—1088) — nicht zwischen dem Besteller und Nießbraucher, sondern zwischen dem Eigentümer und Nießbraucher (vgl. jedoch §§ 1036 A 4, 1055 A 1, 1058 A 1, 1064 A 1). Weitere schuldrechtliche Verpflichtungen können sich aus dem der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft ergeben, dessen praktisch wichtigste Fälle die Anordnung der Bestellung durch Verfügung von Todes wegen und durch Leibzuchtsvertrag sind. Der Nießbrauch kann auch Gegenstand eines Kaufes sein, was für die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Zahlung des Kaufpreises, der auch in einer Rente bestehen kann, für die Gewährleistungspflicht usw. von Bedeutung ist. Zulässig ist es, daß dem Nießbraucher hinsichtlich der Verwendung der Nutzungen zur Tilgung bestimmter Schulden oder in sonstiger Hinsicht schuldrechtliche Verpflichtungen auferlegt werden (§ 1030 A 6). Unzulässig aber ist die Bestellung eines Nießbrauchs in der Weise, daß der Nießbraucher auf den nach Berichtigung der Zinsen und Tilgungsbeiträge verbleibenden Überschuß der Nutzungen keinen Anspruch haben soll (§ 1030 A 3).

2. Der Nießbraucher hat nicht bloß ein Recht auf die Nutzungen (§ 100), sondern ist berechtigt, auf Grund des ihm zustehenden Besitzes (§ 1036 Abs 1) die **Nutzungen selbst zu ziehen.** Zur Erzielung eines größeren Nutzens sind dem Nießbraucher Änderungen der Sache gestattet. Sein Recht geht aber nicht so weit, daß er unter Nichtbeachtung der Interessen des Eigentümers die Sache oder die Benutzungsart umgestalten darf (§§ 1036, 1037). Besteht der Nießbrauch an einer Forderung, so muß der Nießbraucher, um Nutzungen ziehen zu können, ein gewisses Verfügungsrecht haben. Er darf deshalb nach § 1074 die nicht auf Zinsen ausstehende Forderung einziehen und ist bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung nach §§ 1077, 1078 in Gemeinschaft mit dem Gläubiger zur Einziehung und Wiederanlegung befugt. Aber auch bei dem Nießbrauch an einem Grundstück mit Beilaß ist dem Nießbraucher im Interesse der Erleichterung des Wirtschaftsbetriebs ein gewisses Verfügungsrecht gewährt (§ 1048). Mit dem Nießbrauch kann ein allgemeines Verfügungsrecht verbunden sein (Verfügungsnießbrauch: § 1067 A 1). Namentlich kommt dies vor bei einem durch Verfügung von Todes wegen zugewendeten Nießbrauch. Wird ein solcher Nießbrauch am Nachlaß eingeräumt, so wird der Bedachte regelmäßig die Stellung eines Vorerben haben. Mit dem Nießbrauch kann ferner in Erweiterung dieses Rechts die Befugnis zur hypothekarischen Belastung des Nießbrauchsgrundstücks verbunden werden. Das RG (Warn 08 Nr 168) hat in einem solchen Falle eine im eigenen Interesse auszuübende, unwiderrufliche Vertretungsmacht angenommen (ähnlich 28. 11. 07 IV 146/07). Dem mit dem Nießbrauch an einem Grundstück bedachten Miterben kann in Erweiterung des Nießbrauchsrechts das Recht zum selbständigen Verkauf des Nachlaßgrundstücks eingeräumt werden, ohne daß die Miterben beim Verkauf mitzuwirken brauchen (RG 23. 10. 16 IV 173/16). Mit dem Nießbrauch

kann auch das Recht der Verwaltung in der Weise verbunden werden, daß der Nießbraucher, solange der ihm letztwillig zugewandte Nießbrauch dauert, nach der Anordnung des Erblassers zugleich die Stellung eines Testamentsvollstreckers hat. Die Zuwendung eines kautionsfreien Nießbrauchs kann dahin auszulegen sein, daß der Nießbraucher auch von sonstigen Beschwerungen, von der Hinterlegungspflicht usw. befreit sein soll (**RG** 2. 5. 12 IV 366/11). Vgl. über das Recht der freien Verwaltung auch § 1076 A 1 a. E.

3. Eine von dem Nießbrauch verschiedene rechtliche Natur hat das gesetzlich dem Ehemann nach §§ 1373 ff. und dem Gewalthaber nach §§ 1649 ff. zustehende **Nutznießungsrecht.** Es ist hierbei das familienrechtliche Verwaltungsrecht und das Nießbrauchsrecht zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen, und zwar in der Weise, daß das sachenrechtliche Verhältnis hinter dem familienrechtlichen zurücktritt. Die Nutznießung besteht an den einzelnen Gegenständen immer nur so lange, als sie jeweils zu dem eingebrachten Gut oder dem unfreien Kindesvermögen gehören. Das Nutznießungsrecht kann ferner nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Es wirkt aber wie ein dingliches Recht gegen jeden Dritten. Über die einzelnen Unterschiede zwischen dem Nutznießungsrecht und dem Nießbrauch vgl. **RG** JW 09, 145[31]. — Für das Pfründenrecht (vgl. über die Beiträge des Pfarrers zu öffentlichen Lasten in Preußen **RG** Gruch 41, 159) sind durch Art 80 Abs 2 EG die landesgesetzlichen Vorschriften aufrechterhalten. Das Nutzungsrecht des Leibgedinges ist in § 1030 A 6 erörtert. Dieses Nutzungsrecht kann auch als ein schuldrechtliches begründet werden. Nach PrALR war der Kreis dinglicher Nutzungsrechte nicht beschränkt. Rechte an fremdem Eigentum (I 19) konnten vielmehr in der verschiedensten Art, Gestalt und Umfang begründet werden, und zwar auch als vererbliche und veräußerliche Rechte, soweit nicht für besondere Fälle, wie für die nur zur Notdurft einer bestimmten Person oder Sache bewilligten Rechte (I 19 § 22) oder für den Nießbrauch (I 21 §§ 110, 176), Ausnahmebestimmungen entgegenstanden (I 19 § 23). Zu solchen dinglichen Nutzungsrechten gehörte auch ein Nutzungsrecht an fremdem Acker zugunsten der jeweiligen Eigentümer bestimmter Grundstücke, der Angehörigen einer aus den beteiligten Acker- und Kossätenhöfen bestehenden Realgemeinde (**RG** Gruch 68, 342). Wegen des Bestehenbleibens eines solchen Nutzungsrechts auch nach dem Inkrafttreten des BGB gilt das in Bem 4 für den Nießbrauch Dargelegte.

4. Übergangsvorschriften. Ein vor dem Inkrafttreten des BGB begründeter Nießbrauch bleibt nach Art 184 EG mit dem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalt und Rang bestehen. Auch nach dem Inkrafttreten des BGB bleiben für den Nießbrauch an Grundstücken die bisherigen Gesetze in Geltung, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art 189 EG). Ein Nießbrauch kann aber nur noch mit dem nach dem BGB zulässigen Inhalt, also nicht als ein vererbliches oder übertragbares Recht begründet werden. Auch Änderungen des Inhalts eines früheren Nießbrauchsrechts sind nach dem Inkrafttreten des BGB nur insoweit zulässig, als ein solcher Inhalt nach neuem Recht anerkannt wird. Über die Ersitzung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache, der bei Geltungsbeginn des BGB noch nicht vollendet war: Artt 185, 169 EG. Was den **räumlichen Geltungsbereich** betrifft, so entscheidet, falls es sich nicht um Sachen handelt, die nur vorübergehend im Inlande sich befinden, das jeweilige Recht der belegenen Sache. Ein unter der Herrschaft des früheren Rechts erloschener Nießbrauch bleibt aber für immer erloschen. Für den Erwerb des Nießbrauchs ist das Recht des Ortes maßgebend, an dem die Sache zu dieser Zeit sich befindet. Der Nießbrauch an einer Forderung bestimmt sich nach dem für die Forderung maßgebenden Recht. Die Haftung des Nießbrauchers für die Schulden bei einem Vermögensnießbrauch ist nach dem Recht des Nießbrauchbestellers zu beurteilen (str.).

I. Nießbrauch an Sachen

§ 1030

Eine Sache [1]) kann in der Weise belastet [2]) werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten [3]) die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache [4]) zu ziehen [5]) (Nießbrauch).

Der Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden [6]).

E I 980 II 940; M 3 493, 494; P 3 383, 384.

1. Die §§ 1030—1067 handeln von dem **Nießbrauch an Sachen.** Gegenstand des Nießbrauchs kann jede Sache sein, die Nutzungen gewährt. Unter dieser Voraussetzung können Gegenstand des Nießbrauchs bewegliche und unbewegliche Sachen sein. Zu den letzteren gehören Grundstücke und diesen gleichgestellte Berechtigungen (Vorbem 4 vor § 873), namentlich auch das Erbbaurecht. Dem Nießbrauch unterliegt die Sache in derselben Ausdehnung, in der daran Eigentum besteht. Soweit nach den Grundsätzen über das Nachbarrecht, über Verbindung, Vermischung,

Verarbeitung das Eigentum reicht, soweit reicht auch das Nießbrauchsrecht. Der Nießbrauch ergreift die wesentlichen Bestandteile der Sache unbedingt, die unwesentlichen Bestandteile unter der Voraussetzung, daß sie nicht im Eigentum eines anderen als des Eigentümers der Sache stehen (§§ 93—95). Werden Bestandteile, die nicht zu den Früchten zu rechnen sind (§ 1039 A 1), von der Sache getrennt, so besteht der Nießbrauch daran fort. Als Bestandteile eines Grundstücks sind nach § 96 auch die mit dem Eigentum an dem Grundstück verbundenen Rechte anzusehen (subjektiv-dingliche Reallasten, Rentenrechte wegen eines Überbaus oder eines Notwegs nach §§ 912—918, mit dem Grundstück verbundene Gerechtigkeiten). Der Nießbrauch an dem Grundstück erstreckt sich deshalb auch auf diese Rechte, soweit an ihnen überhaupt ein Nießbrauch stattfindet (§§ 1068 A 1, 1069 A 1). Die Erstreckung tritt ein, ohne daß es der sonst für den Erwerb des Nießbrauchs an diesen Rechten vorgeschriebenen besonderen Form bedarf. Wird ein Grundstück nach § 890 Abs 2 einem anderen Grundstück als Bestandteil zugeschrieben, so hat das nicht die Wirkung, daß der Nießbrauch an diesem Grundstück auch das zugeschriebene Grundstück umfaßt (str.). Wegen der Zubehörstücke s. § 1031. Zulässig ist der Nießbrauch, der als ein teilbares Recht sich darstellt, auch an dem Bruchteil einer Sache. Abweichend von den für Reallasten, Vorkaufsrechte, Hypotheken und Grundschulden gegebenen Vorschriften braucht der Bruchteil nicht in dem Anteil eines Miteigentümers zu bestehen (RJA 16, 295). Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Bergwerk sein. Der Nießbraucher am Bergwerk ist aber nicht „Bergwerksbesitzer" im Sinne des § 148 PrAllgBergG v. 24. 6. 65, der alle durch den Bergbaubetrieb entstandenen Grundstücksschäden zu tragen hat (RG JW 1920, 834[5]). Ein an mehreren Sachen, insbesondere mehreren selbständigen Grundstücken gleichzeitig bestellter Nießbrauch ist kein einheitliches Recht, sondern eine Mehrheit von Einzelrechten (KGJ 43, 347).

2. Die **Belastung** mit einem Nießbrauch erfolgt bei einem Grundstück durch Einigung des Eigentümers mit dem Begünstigten und Eintragung in das Grundbuch (§ 873) oder durch Buchersitzung (§ 900 Abs 2). An beweglichen Sachen wird der Nießbrauch begründet entweder durch Einigung und Übergabe der Sache in der übereinstimmenden Absicht der Beteiligten, daß dem Empfänger an der Sache der Nießbrauch zustehen soll (§ 1032), oder durch Ersitzung (§ 1033). Bei jener Begründungsart sind die Vorschriften über den Eigentumserwerb (§§ 930 f., 1032), auch die Bestimmung über den Erwerb auf Grund des guten Glaubens (§§ 932 ff., 1032), entsprechend anzuwenden. Ein Nießbrauch kann auch unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung bestellt werden (OLG 31 S. 296, 339). Bei landwirtschaftlichen Grundstücken von über 5 ha Größe ist nach der BRVO v. 15. 3. 18 zur Bestellung des Nießbrauchs behördliche Genehmigung erforderlich. Für Erbhöfe (Vorbem 1 vor § 873) gilt § 37 des Reichserbhofgesetzes (§ 878 A 3 Abs 2).

3. Nießbrauchberechtigt können mehrere nach Bruchteilen sein (RJA 16, 295; KGJ 49, 161). Der Nießbrauch kann auch für mehrere Personen als Gesamtberechtigte im Sinne des § 428 bestellt und eingetragen werden (JW 1933, 702[2]).

4. Nutzungen der Sache sind nach § 100 die natürlichen und bürgerlichen Früchte (§ 99) und die Vorteile, die der Gebrauch der Sache gewährt. Nicht notwendig ist also, daß die Sache Früchte abwirft oder wenigstens zur Fruchtziehung geeignet ist. Es genügt auch, wenn die Sache Gebrauchsvorteile gewährt.

5. Aus dem **Recht zum Ziehen der Nutzungen** ergibt sich, daß der Nutznießer die Nutzungen aus eigenem Recht erwirbt (RG 68, 13; OLG 26, 89). Die natürlichen Früchte erwirbt er der Regel nach und jedenfalls, wenn er sich im unmittelbaren Besitz befindet, durch die Trennung (§§ 954 ff.), die bürgerlichen (z. B. Mietzinsen) so, daß er als Gläubiger die Beträge bezieht (§ 1039 A 4). Trotzdem kann er Mietzinsen wegen Forderungen gegen den Eigentümer für sich pfänden lassen (RG 64, 420; 86, 135). Eine Abtretung des Eigentümers ist aber unwirksam (RG 80, 316). Über die Rechtsbehelfe bei Pfändungen von Mietzinsen durch Dritte, insbesondere Hypothekengläubiger, und das Rangverhältnis hierbei: § 1124 A 5. — Auf die **an Stelle der Sache tretenden Ersatzansprüche des Eigentümers** erstreckt sich der Nießbrauch regelmäßig nicht. Geht die Nießbrauchsache unter, so ist der Nießbrauch erloschen (§ 1061 A 3). Der Anspruch, welcher dem Eigentümer gegen den Dritten wegen der Zerstörung der Sache zusteht, ist dem Nießbrauch nicht unterworfen, ebensowenig der Anspruch wegen einer Beschädigung. Soweit aber der Nießbraucher durch die Zerstörung oder Beschädigung einen Schaden erlitten hat, steht ihm ein selbständiger Anspruch auf Ersatz dieses Schadens zu. Wegen dieses Rechts und wegen des Anspruchs, daß der für eine Beschädigung dem Eigentümer gezahlte Schadensersatz zur Wiederherstellung der Sache verwendet wird, ist auf § 1065 A 2 zu verweisen. Besondere Grundsätze gelten für das Recht des Nießbrauchers an der Versicherungssumme (§ 1046 A 1). Wird die Nießbrauchsache enteignet, so tritt nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorschriften (Artt 52, 53, 109 EG) an Stelle der Sache die Entschädigungssumme. Sie darf, soweit der Nießbraucher entschädigungsberechtigt ist, nicht ohne dessen Zustimmung ausgezahlt, sondern muß hinterlegt werden. Der Schaden des Nießbrauchers darf übrigens nicht ohne weiteres den Zinsen der Entschädigungssumme gleichgestellt werden, sondern kann einen größeren oder geringeren Betrag ausmachen. Ist die Nießbrauchsache mit Zustimmung des Nießbrauchers veräußert, so wird die Erteilung der Zustimmung regelmäßig in dem Sinne auszulegen sein, daß der Nießbraucher

das Recht behält, die Einräumung des Nießbrauchs am Erlöse zu verlangen. Bei der Einziehung einer Forderung durch den Nießbraucher tritt der Nießbrauch an dem geleisteten Gegenstand an die Stelle des Nießbrauchs an der Forderung (§ 1075). Über die Auseinandersetzung bei dem Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers s. § 1066 A 3.

6. Der Nießbrauch umfaßt grundsätzlich alle Nutzungen der Sache. Das schließt jedoch nicht aus, daß **einzelne Nutzungen** von dem Recht des Nießbrauchers **ausgenommen** werden können oder sein Nutzungsrecht sonst in einzelnen Beziehungen beschränkt werden kann. Die Beschränkung kann sowohl bei der Bestellung als auch später eintreten (§ 1213 A 1). Das Recht auf einzelne Nutzungen kann aber nur als ein schuldrechtliches oder, wenn es sich um die Nutzungen eines Grundstücks handelt, als persönliche Dienstbarkeit (§ 1090) oder auch, sofern der Verpflichtete bestimmte wiederkehrende Nutzungen zu gewähren hat, als Reallast bestellt werden (OLG 2, 120; 6, 121). Die Natur einer persönlichen Dienstbarkeit oder Reallast haben auch die im Leibgedingsvertrage dem Auszügler eingeräumten Grundstücksnutzungsrechte. — Eine Änderung des Nießbrauchs ist auch insofern zulässig, als die aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis entspringenden Verpflichtungen des Nießbrauchers eine Beschränkung oder Erweiterung erfahren können. Eine Minderung ist jedoch immer nur innerhalb der Grenze gestattet, daß das Recht des Eigentümers an der Substanz der Sache nicht entwertet wird. Das Recht des Eigentümers auf wirtschaftliche Verwaltung und auf Sicherheitsleistung (§§ 1036 a. E., 1051, 1054) kann nicht allgemein wegbedungen werden. Dem Nießbraucher kann ein Recht auf die im Übermaß gezogenen Früchte (§ 1039) nicht uneingeschränkt eingeräumt werden. — Ein Nießbrauch kann auch als Ersatz der Antichrese (Nutzungspfandrecht: § 873 A 6) zu Sicherungszwecken für eine Forderung bestellt werden, insbesondere neben einer Hypothek an dem belasteten Grundstück (**RG** 67, 378; 106, 111; OLG 26, 89), zwecks deren allmählicher Tilgung aus den Nutzungen, namentlich den Mietzinsen (**RG** JW 1911, 97; RJA 3, 214; KGJ 34, 263). Dabei kann die als auflösende Bedingung zu erachtende Abrede des Erlöschens des Nießbrauchs bei Tilgung der Forderung oder Hypothek getroffen werden (**RG** 106, 111; KGJ 25, 290; 34, 263). Fehlt eine solche Abrede, so besteht die schuldrechtliche Verpflichtung zur Aufgabe des Nießbrauchs nach erfolgter Tilgung (OLG 15, 370; 18, 150).

§ 1031

Mit dem Nießbrauch an einem Grundstück [1]) erlangt der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Zubehöre [2]) nach den für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften des § 926 [3]).

E II 941; P 3 385, 387, 388.

1. Zur Bestellung des **Nießbrauchs an einem Grundstück** bedarf es nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 873 ff. der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber sowie der Eintragung. Der Eintragung bedürfen auch die Vereinbarungen über den Inhalt des Nießbrauchsrechts (§ 1030 A 3). Ohne Eintragung würden diese Vereinbarungen nur zwischen den Vertragsparteien gelten, aber keine den Eigentümer dinglich belastende Wirkung haben können. Nach § 874 genügt es, daß zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. Dem Nießbraucher kommt nach § 892 der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute, und zwar auch hinsichtlich der im Grundbuch eingetragenen Grundstücksfläche (§ 891 A 3). Zur Bestellung des Nießbrauchs an einem über 5 Hektar großen, zum Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft bestimmten Grundstück wird nach der VO des Bundesrats v. 15. 3. 18 im volkswirtschaftlichen Interesse die Genehmigung der Verwaltungsbehörde gefordert. Für Erbhöfe gilt § 37 des Reichserbhofgesetzes (§ 1030 A 2).

2. Die **Zubehöreigenschaft** (§§ 97, 98) ist nicht bloß für das Recht der Schuldverhältnisse (vgl. § 314), sondern auch für das Sachenrecht von Bedeutung. Durch die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück wird zugleich der Nießbrauch an dem zur Zeit des Erwerbs des Nießbrauchs vorhandenen Zubehör, soweit es dem Besteller gehört, erlangt, ohne daß die für bewegliche Sachen erforderliche Form der Übergabe (§ 1032) erfüllt zu werden braucht. Über das Grundstücksinventar enthält § 1048 besondere Vorschriften.

3. Vorausgesetzt ist, daß der Nießbrauch am Zubehör dem Vertragswillen der Parteien entspricht. Dies ist nach der angezogenen **Bestimmung des § 926** im Zweifel anzunehmen. Ist wegen des Nießbrauchs am Zubehör in dem der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag oder in der den Nießbrauch anordnenden Verfügung von Todes wegen eine besondere Bestimmung getroffen, so darf davon ausgegangen werden, daß die Parteien bei der Bestellung des Nießbrauchs von dieser Bestimmung nicht haben abweichen wollen. War der Besteller nicht Eigentümer der Zubehörstücke, sollte aber der Nießbrauch sich nach der Einigung auch auf sie erstrecken, so finden auf den Erwerb des Nießbrauchs an ihnen die §§ 932—936 entsprechende Anwendung (§ 926 Abs 2). Der Nießbrauch an ihnen kann also, sofern es sich nicht um abhanden gekommene Sachen handelt, durch gutgläubige Besitzergreifung erlangt werden.

§ 1032

Zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll [1]). Die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930 bis 936 finden entsprechende Anwendung [2]); in den Fällen des § 936 tritt nur die Wirkung [3]) ein, daß der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht [4]).

E I 983 II 942; M 3 495, 496; P 3 385ff.

1. **Zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen** Sache ist außer der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber des Nießbrauchs die Übergabe erforderlich, sofern der Erwerber sich nicht bereits im Besitz der Sache befindet (§ 929 Satz 2). Der Nießbrauch kann unter einer Zeitbestimmung oder unter einer Bedingung bestellt werden (OLG 31 S 296, 339). Zulässig ist deshalb die Bestellung auch in der Weise, daß der Nießbrauch erst mit dem Tode des Bestellers wirksam werden soll (OLG 12, 131; 29, 238).

2. Der Besitzübergabe steht es nach den für **entsprechend anwendbar** erklärten Vorschriften der **§§ 930 u. 931** gleich, wenn dem Erwerber nur der mittelbare Besitz verschafft wird oder wenn ihm der Anspruch auf Herausgabe gegen den im Besitz der Sache befindlichen Dritten abgetreten wird. Im letzteren Falle behält zwar auch der Eigentümer der Nießbrauchsache noch einen eigenen Anspruch auf Herausgabe der Sache aus dem Eigentum. Er kann aber die Herausgabe nur an den Nießbraucher verlangen. Ist der Besteller nicht Eigentümer, so kommen die **Vorschriften der §§ 932—935** zur entsprechenden Anwendung. Der Erwerber, dem der Besitz von dem Besteller, wenn auch nur durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den für ihn besitzenden Dritten, oder auf Anweisung des Bestellers von dem nicht für ihn besitzenden Dritten eingeräumt wird, ist durch den guten Glauben an die Rechtmäßigkeit des Besitzes geschützt, falls seine Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers finden aber keine Anwendung, wenn es sich — abgesehen von Geld, Inhaberpapieren und öffentlich versteigerten Sachen — um solche Sachen handelt, die dem Eigentümer wider Willen aus dem Besitz gekommen sind. Nicht hierunter fallen veruntreute Sachen, deren Besitz der Eigentümer freiwillig einem anderen überlassen hatte (**RG** 54, 68; über den anders liegenden Fall der Veruntreuung durch den Besitzdiener **RG** 71, 248).

3. Ist die Sache mit **dem Rechte eines Dritten,** z. B. einem Pfandrecht oder einem Nießbrauch, belastet **(§ 936),** so hat der gutgläubige Erwerb (A 2) zur Folge, daß diese Rechte zwar nicht erlöschen, wohl aber im Range hinter den neu bestellten Nießbrauch zurücktreten. Ist der Erwerber hinsichtlich des Rechts des Dritten nicht in gutem Glauben, so muß er das Recht gegen sich gelten lassen, so daß sein Nießbrauch dem Recht des Dritten im Range nachsteht.

4. Die **Zubehörstücke** einer beweglichen Sache müssen, damit der Nießbrauch daran erlangt wird, ebenso wie die Hauptsache übergeben werden. War der Besteller des Nießbrauchs nicht Eigentümer des Zubehörs, so bedarf es zum Erwerb des Nießbrauchs nach den in A 2 dargestellten Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers auch dann, wenn es sich um Zubehörstücke eines Grundstücks handelt, stets der Besitzerlangung.

§ 1033

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache kann durch Ersitzung erworben werden. Die für den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung [1]).

E II 943; P 3 385ff.

1. Die **Ersitzung des Nießbrauchs** regelt sich nach den Vorschriften, die für die Ersitzung des Eigentums in den §§ 937—945 gegeben sind. Sie ist für solche Fälle ein Bedürfnis, in denen der Nießbraucher die Rechte aus gutgläubigem Erwerb (§ 1032 A 2) nicht in Anspruch nehmen kann, weil sein guter Glaube auf grober Fahrlässigkeit beruhte oder weil es sich um abhanden gekommene Sachen handelt (§§ 932 Abs 2, 935). Zur Ersitzung genügt das Vorhandensein des mittelbaren Besitzes. Die Ersitzungszeit des als Eigentümer Besitzenden, der während dieser Besitzzeit gutgläubig war, kann der Ersitzungszeit des Nießbrauchers, der von ersterem sein Recht ableitet, hinzugerechnet werden (vgl. § 943). Ist die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet (§ 1032 A 3), so erlischt dieses Recht durch die Ersitzung des Nießbrauchs nicht, tritt aber, entsprechend § 1032 A 3, im Range hinter den Nießbrauch zurück.

§ 1034

Der Nießbraucher kann den Zustand der Sache auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen [1]. Das gleiche Recht steht dem Eigentümer [2] zu [3].

E I 992 II 944; M 3 506, 507; P 3 394, 457; 4 592ff., 608.

1. Für die Rückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs ist es von Bedeutung, in welchem Zustand die Sache sich bei Beginn des Nießbrauchs befand (§ 1055 A 2). Deshalb ist sowohl dem Nießbraucher als auch dem Eigentümer das Recht gegeben, **den Zustand** der Sache durch Sachverständige nach den Vorschriften über das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 164, 15, 19 FGG) **feststellen zu lassen.** Der Nießbraucher hat die zu diesem Zweck erforderliche Besichtigung zu dulden. Der Gegner des Antragstellers ist nach § 164 Abs 3 FGG im Verfahren tunlichst zu hören, auch nach dem Sinne dieser Vorschrift bei der Besichtigung zuzuziehen. Die Verfügung des Amtsgerichts, die dem Antrag stattgibt, kann nach § 164 Abs 2 nicht angefochten werden, wohl aber nach § 19 die den Antrag ablehnende Verfügung. Durch die Besichtigung soll möglichst der Zustand zur Zeit des Beginns des Nießbrauchs festgestellt werden. Die Feststellung braucht aber nicht gleich nach Beginn des Nießbrauchs beantragt zu werden. Auch eine Feststellung in späterer Zeit ist nicht bedeutungslos, da hieraus immerhin Schlüsse auf die frühere Beschaffenheit der Sache gezogen werden können.

2. Das Recht auf Feststellung des Zustandes steht nicht dem Besteller (der nicht Eigentümer zu sein braucht) und ihm gegenüber, sondern dem **Eigentümer** und diesem gegenüber zu. Dem Nießbraucher kommt jedoch § 1058 zugute, wonach ihm gegenüber der Besteller als Eigentümer gilt, sofern er nicht weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist.

3. Da § 1034 die Beteiligten auf den Weg der Feststellung durch Sachverständige verweist, ist weder der Nießbraucher noch der Eigentümer berechtigt, eine **Bescheinigung über die Beschaffenheit** der Sache zur Zeit der Überlieferung von dem anderen Teile zu verlangen. Keiner von beiden kann auch beanspruchen, daß der andere, der die Ausstellung einer solchen Bescheinigung verweigert, die Kosten der Feststellung zu tragen habe. Anderseits wird dadurch, daß der Nießbraucher oder der Eigentümer eine Bescheinigung über die Beschaffenheit der Sache gibt, dem anderen Teile nicht das Recht genommen, den Zustand der Sache auf seine Kosten feststellen zu lassen.

§ 1035

Bei dem Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen sind der Nießbraucher und der Eigentümer einander verpflichtet, zur Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen mitzuwirken [1]. Das Verzeichnis ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von beiden Teilen zu unterzeichnen; jeder Teil kann verlangen, daß die Unterzeichnung öffentlich beglaubigt wird [2]. Jeder Teil kann auch verlangen, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird. Die Kosten hat derjenige zu tragen und vorzuschießen, welcher die Aufnahme oder die Beglaubigung verlangt [3].

E I 993, 1042 II 945; M 3 508, 565; P 3 394ff.; 4 607ff., 759.

1. Besteht der **Nießbrauch an einem Inbegriff,** d. h. an einer Mehrheit von Sachen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden (z. B. Büchersammlung, Warenlager, Betriebseinrichtung), so kann sowohl der **Nießbraucher** als auch der **Eigentümer** von dem anderen Teile fordern, daß dieser die Richtigkeit des **unter seiner Mitwirkung aufzunehmenden Verzeichnisses** durch seine Unterschrift anerkennt. Zu der Mitwirkung gehört, daß beide Teile persönlich zusammenkommen oder Bevollmächtigte entsenden und daß der Nießbraucher den in seinen Händen befindlichen Inbegriff in seinen einzelnen Bestandteilen nachweist (**RG** 126, 106). Das Verlangen kann nicht bloß sogleich nach Begründung des Nießbrauchs, sondern auch später gestellt werden. Die Feststellung ist, soweit dies noch möglich ist, auf den Zustand zur Zeit des Beginns des Nießbrauchs zu richten. Das Anerkenntnis der Richtigkeit des Verzeichnisses hat nicht bloß Beweiswert, sondern rechtsgeschäftliche Bedeutung (anders die herrschende Meinung). Der Anerkennende ist aber nicht gehindert, die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verzeichnisses nachzuweisen, wenn bei der Aufnahme ein Irrtum obgewaltet hat. Wird die Ausstellung des Anerkenntnisses verweigert oder das Anerkenntnis nur mit Vorbehalt erteilt, so kann dies dem anderen Teile Veranlassung geben, eine amtliche Aufnahme des Verzeichnisses zu beantragen oder eine Klage auf Feststellung des streitigen Zustandes zu erheben. Zu diesem Verlangen ist übrigens jeder Teil auch ohne das Vorliegen jener Voraussetzungen berechtigt. Ein klagbarer Anspruch darauf, daß der Gegner bei der Aufnahme des Verzeichnisses mitwirke, ist nicht gegeben. — Die Vorschriften des § 1035 finden auch dann Anwendung, wenn der Nießbrauch an einem Vermögen

bestellt ist, wenn also die zu verschiedenen wirtschaftlichen Gruppen gehörigen Gegenstände zu der rechtlichen Einheit des Vermögens zusammengefaßt sind. Auch bei dem Nießbrauch an einem Bruchteil des Inbegriffs oder Vermögens kann die Anwendbarkeit des § 1035 keinem Zweifel unterliegen. Die Bestimmung ist aber nicht auszudehnen auf den Fall, daß beliebige Gegenstände zu einer vertragsmäßigen Einheit zusammengefaßt werden (str.). Nach § 1372 Abs 1 findet § 1035 auch Anwendung auf die Aufnahme eines Verzeichnisses über den Bestand des eingebrachten Gutes der Ehefrau, dessen Feststellung durch die Aufnahme des Verzeichnisses jeder Ehegatte verlangen kann.

2. Über die **Einrichtung des Verzeichnisses** ist nur vorgeschrieben, daß der Tag der Aufnahme anzugeben ist. Nicht vorgeschrieben ist die Angabe des Wertes. Es entspricht aber dem Zweck des Verzeichnisses, daß es je nach der Wichtigkeit der Sachen eine tunlichst genaue Beschreibung ihrer Beschaffenheit enthält. Die unter dem Verzeichnis abzugebende Unterschrift muß auf Verlangen des Antragstellers öffentlich beglaubigt werden (§ 129).

3. Die **amtliche Aufnahme des Verzeichnisses** (A 1) kann selbst dann verlangt werden, wenn die Richtigkeit des Privatverzeichnisses von dem anderen Teile ohne Einschränkung anerkannt ist. Die Stellung dieses Antrags ist nicht davon abhängig, daß die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verzeichnisses sich herausgestellt hat oder Streitigkeiten hierüber entstanden sind. Die **Kosten des Verzeichnisses** hat der Antragsteller zu tragen. Der Antragsgegner kann aber für seine Mitwirkung bei der Aufnahme keine Vergütung beanspruchen.

§ 1036

Der Nießbraucher ist zum Besitze der Sache berechtigt [1]).

Er hat bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten [2]) und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren [3]) [4]).

E I 984, 991, 994 Satz 1 II 946; M 3 496, 497, 504, 505, 508; P 3 387, 492.

1. Das **Recht des Nießbrauchers auf den Besitz,** das § 1036 Abs 1 ausdrücklich für das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer bestimmt, folgt schon aus der dinglichen Natur des Nießbrauchs. Das Besitzrecht, dessen der Nießbraucher bedarf, um die zur Ziehung der Nutzungen erforderlichen Handlungen vornehmen zu können, ist so wesentlich, daß ohne dieses Recht ein dinglicher Nießbrauch nicht bestehen kann. Eine Vereinbarung, daß dem Nießbraucher der Besitz nicht zustehen soll, würde das Nießbrauchsrecht ausschließen (str.). Dem Nießbraucher steht der unmittelbare Besitz zu. Der mittelbare Besitz verbleibt (trotz der Regel des § 1055 Abs 1) dem Besteller, auch wenn er nicht der Eigentümer ist. Bei Beschaffung von Ersatzstücken durch den Nießbraucher (§ 1048 A 1) wird mittelbarer Besitz für den Besteller hergestellt. Der Eigentümer, der nicht der Besteller ist, kann sich wegen Überlassung des mittelbaren Besitzes, wenn der Nießbrauch rechtswirksam erworben ist, nur an den Besteller halten. Als mittelbarer Besitzer darf der Besteller den Besitz zwar nicht wider den Willen des Nießbrauchers ausüben. Wenn der Besteller aber in Ausübung seines Aufsichtsrechts zum Betreten des Grundstücks, zur Besichtigung der Nießbrauchssache oder zu sonstigen derartigen Maßnahmen veranlaßt ist, so kann er verlangen, daß ihm die hierzu erforderliche Besitzausübung gestattet wird. Über Mitbesitz des Eigentümers und Nießbrauchers: § 1081. Sonst ist ein solcher Mitbesitz nur ausnahmsweise zulässig, z. B. bei dem Nießbrauch an einem Bruchteil der Sache und in dem Falle, daß die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen eingeschränkt sind (§ 1030 A 3).

2. Die Ausübung des Nießbrauchs ist durch Abs 2 dahin beschränkt, daß die **wirtschaftliche Bestimmung,** welche die Sache nach dem Willen des Eigentümers bei der Begründung des Nießbrauchs (im Falle der Ersitzung des Nießbrauchs nach dem Willen des Eigentümers zur Zeit der Vollendung der Ersitzung) hatte, **aufrechterhalten** werden muß. Diese Vorschrift ist namentlich für die Bewirtschaftung von Grundstücken von Bedeutung (**RG** 80, 229). Der wirtschaftliche Betrieb darf nicht so verändert werden, daß der Gesamtcharakter der Wirtschaft ein anderer wird. Kleinere Veränderungen im Betriebe, z. B. Ausdehnung der Ackerwirtschaft oder Waldwirtschaft, sind dem Nießbraucher gestattet. Selbstverständlich ist ihm auch die Anwendung vervollkommneter Wirtschaftsmethoden nicht verwehrt. Ebensowenig ist er gehindert, die bisher von dem Eigentümer selbst bewirtschafteten Grundstücke zu verpachten. Bewegliche Sachen, die der Eigentümer für sich zu benutzen pflegte, darf der Nießbraucher nicht durch gewerbsmäßige Verleihung verwerten. Beruht der Nießbrauch auf einer Verfügung von Todes wegen, so ist in erster Linie darauf zu sehen, ob nach dem Willen des Erblassers dem Nießbraucher (z. B. wenn er mit Kenntnis des Erblassers aus der Verleihung solcher Sachen ein Geschäft macht) weitergehende Befugnisse zustehen sollen. Zu prüfen bleibt auch, ob die Sache als eine verbrauchbare im Sinne des § 92 anzusehen ist; denn dann geht das Eigentum auf den Nießbraucher über (§ 1067).

3. Abs 2 enthält ferner den wichtigen Grundsatz, daß der Nießbraucher bei der Ausübung des Nutzungsrechts nach den **Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** zu verfahren hat. Er

kann zwar auf die Ausübung des Nießbrauchs gänzlich verzichten und sich dadurch von allen Pflichten frei machen. Solange er dies aber nicht tut, ist er an die aus jenem Grundsatz sich ergebenden Beschränkungen gebunden. Danach ist er nicht nur zu Unterlassungen, sondern auch zu Handlungen verpflichtet, soweit dies zur Erhaltung der Sache im guten Stande nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geboten ist. Eine schuldhafte Verletzung dieser Pflichten macht ihn nach § 276 schadensersatzpflichtig. Zu vertreten ist jede Fahrlässigkeit, falls nicht die Haftung vertragsmäßig auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist. Eine solche Beschränkung ist anzunehmen, wenn bei schenkungsweiser Übertragung des Eigentums der Übertragende sich den Nießbrauch vorbehalten hat. Über die Zeit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs: § 1057 A 2.

4. Die Vorschriften des § 1036 Abs 2 und die weiteren Vorschriften über schuldrechtliche Beschränkungen und Verpflichtungen des Nießbrauchers betreffen nur das **Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer**, nicht das Verhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller. Doch werden dieselben Grundsätze nach dem Willen der Parteien im Zweifel auch für das Rechtsverhältnis zu dem Besteller anwendbar sein. Eine Abänderung durch Parteivereinbarung ist zulässig (§ 1030 A 3, § 1031 A 1). Nur können natürlich durch Vereinbarung zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher die Rechte des Eigentümers nicht beeinträchtigt werden.

§ 1037

Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern [1]).

Der Nießbraucher eines Grundstücks darf neue Anlagen zur Gewinnung von Steinen, Kies, Sand, Lehm, Ton, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandteilen errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird [2]).

E I 989 Abs 1 Satz 1, 994 Satz 2, 995 II 947; M 3 502, 503, 508; P 3 391, 392; 4 597.

1. Der Ausübung des Nutzungsrechts ist durch § 1037 eine weitere Schranke (vgl. § 1036 A 2) dadurch gezogen, daß die Sache in ihrer körperlichen Beschaffenheit **weder umgestaltet noch wesentlich verändert** werden darf. Der Nießbraucher darf nicht zur Erzielung größerer Nutzungen die Sache zu einer wesentlich andersartigen gestalten, z. B. nicht ein Ackergrundstück in einen Steinbruch oder in einen Teich oder in Bauland umwandeln, nicht einem Kleidungsstück oder einem Gebrauchsgegenstand eine den Gebrauchszweck in wesentlichen Beziehungen ändernde Gestalt geben. Auch hier ist aber die Ausnahme zuzulassen, daß kleinere, für den Gesamtcharakter der Sache unerhebliche Änderungen nicht verboten sind, insbesondere solche Änderungen, die zur Hebung des Ertrags nach den Grundsätzen verständiger Wirtschaftsführung gerechtfertigt sind (z. B. die Einrichtung einer Kanalisation). Hierüber kann nur nach Lage des einzelnen Falles unter billiger Abwägung der Interessen des Eigentümers und des Nießbrauchers entschieden werden.

2. Abweichend von der Regel des Abs 1 darf der Nießbraucher die Vorteile, die das Grundstück durch das Vorhandensein besonderer **Bodenbestandteile** bietet, auch dann ausnutzen, wenn der Eigentümer das noch nicht getan hat. Dieser veränderten Nutzungsweise steht nicht entgegen, daß durch die Entnahme der Bodenbestandteile die Substanz des Grundstücks vermindert wird. Hier ist nur die eine Beschränkung gesetzt, daß keine **wesentliche Veränderung des wirtschaftlichen Gesamtbetriebs** (§ 1036 A 2) herbeigeführt werden darf. Die Vorschrift des Abs 2 findet auch ann Anwendung, wenn eine Mineralwasserquelle, Kohlensäurequelle usw. auf dem Grundstück erbohrt wird.

§ 1038

Ist ein Wald Gegenstand des Nießbrauchs, so kann sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher verlangen, daß das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung durch einen Wirtschaftsplan festgestellt werden [1]). Tritt eine erhebliche Änderung der Umstände ein, so kann jeder Teil eine entsprechende Änderung des Wirtschaftsplans verlangen [2]). Die Kosten hat jeder Teil zur Hälfte zu tragen [1]).

Das gleiche gilt, wenn ein Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage Gegenstand des Nießbrauchs ist [3]).

E II 948; P 3 392, 393; 6 242, 243.

1. Bei dem **Nießbrauch an einem forstmäßig zu benutzenden Walde** liegt es im Interesse beider Teile, des Eigentümers und des Nießbrauchers, daß die Bewirtschaftungsweise von vorn-

herein durch einen **Wirtschaftsplan** festgestellt wird. Denn sonst könnte die Frage, ob die Regeln der ordnungsmäßigen Wirtschaft beobachtet sind (§ 1036 Abs 2), ob sich insbesondere die Nutzung auf das zur Erhaltung eines nachhaltigen Betriebs erforderliche Maß beschränkt, zu beständigen Streitigkeiten Anlaß geben. Kommt eine Einigung nicht zustande, so kann jeder von ihnen darauf klagen, daß der von ihm vorgeschlagene Wirtschaftsplan von dem anderen genehmigt wird. **Die Kosten** der Aufstellung **des Wirtschaftsplans** sind, da hieran beide Teile in gleichem Maße interessiert sind, von jedem Teil zur Hälfte zu tragen. Dabei bleibt es auch, wenn die Aufstellung erst im Prozesse erfolgt. Nur wegen der sonstigen Kosten des Rechtsstreits bleiben die Grundsätze der Prozeßordnung über die Kostenpflicht maßgebend. Der Nießbraucher muß den durch Vertrag oder Urteil festgestellten Wirtschaftsplan einhalten und kann schon während der Nießbrauchszeit im Klagewege hierzu sowie zur Beseitigung einer unter Abweichung von dem Wirtschaftsplan vorgenommenen Änderung angehalten werden.

2. **Änderung des Wirtschaftsplans.** Sobald die Sachlage sich dahin verändert, daß es den Regeln der ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 1036 Abs 2) nicht mehr entspricht, an dem Wirtschaftsplan festzuhalten, sind die Parteien in dem aus dieser Veränderung sich ergebenden Umfang nicht mehr hieran gebunden. Jeder Teil kann dann insoweit eine neue Regelung verlangen. Der frühere Wirtschaftsplan bleibt, wenn das Verlangen gestellt ist, auch nicht so lange in Kraft, bis der neue Plan die Genehmigung des anderen Teils gefunden hat oder dieser zur Genehmigung verurteilt ist. Die Aufstellung des neuen Plans erfolgt ebenso wie die des früheren Wirtschaftsplans (A 1) auf gemeinschaftliche Kosten.

3. Die in A 1 u. 2 dargestellten Grundsätze kommen auch zur Anwendung, wenn es sich um den Betrieb eines **Bergwerks** oder eines auf die **Gewinnung von Bodenbestandteilen** gerichteten Unternehmens handelt. Auch hier bedarf es der Aufstellung eines festen Plans, damit der Eigentümer gegen unwirtschaftlichen Abbau geschützt ist. Der für Bergwerke durch landesgesetzliche Bestimmungen vorgeschriebene, von der Bergbehörde zu genehmigende Betriebsplan dient nur polizeilichen Interessen. Mit diesem Betriebsplan hat sich natürlich der zwischen Eigentümer und Nießbraucher zu vereinbarende Wirtschaftsplan in Einklang zu halten.

§ 1039

Der Nießbraucher erwirbt das Eigentum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder die er deshalb im Übermaße zieht, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist [1]. Er ist jedoch, unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden, verpflichtet, den Wert der Früchte dem Eigentümer bei der Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen und für die Erfüllung dieser Verpflichtung Sicherheit zu leisten [1]. Sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher kann verlangen, daß der zu ersetzende Betrag zur Wiederherstellung der Sache insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht [2].

Wird die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache nicht verlangt, so fällt die Ersatzpflicht weg, soweit [3] durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden [4].

E I 988 Abs 2 u. 3 II 949; M 3 500, 501; P 3 388ff., 393, 394; 6 243.

1. Das **Eigentum an den Früchten** erwirbt der Nießbraucher kraft seines dinglichen Rechts nach der allgemeinen Regel des § 954 mit der Trennung der Früchte. Da der Begriff der Früchte (§ 99) sich nach äußeren Merkmalen bestimmt, gilt dies auch von den **im Übermaße gezogenen Früchten**, mag nun der Nießbraucher über die Grenzen hinaus, die sich aus den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft bei Aufrechterhaltung der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache ergeben (§ 1036 Abs 2), Früchte gewonnen haben oder mag es sich um außerordentliche Nutzungen handeln, die ohne ordnungswidriges Verhalten infolge eines zufälligen Ereignisses (Windbruch, Raupenfraß) oder infolge der rechtsverletzenden Handlung eines Dritten (Abholzen durch einen Unberechtigten) entstanden sind. Insoweit hat aber der Nießbraucher — was nur für das schuldrechtliche Verhältnis zum Eigentümer von Bedeutung ist — **den Wert der Früchte**, der nach der Zeit ihrer Trennung zu berechnen ist, nach Beendigung des Nießbrauchs **dem Eigentümer zu erstatten.** Hierbei ist der Wert derjenigen Früchte in Abzug zu bringen, welche der Nießbraucher nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft während der Nießbrauchszeit erhalten hätte, wenn nicht durch den übermäßigen Fruchtbezug die Nutzungen der späteren Zeit fortgefallen oder gemindert wären. Denn insoweit liegt nur eine Schädigung

des Nießbrauchers, nicht des Eigentümers vor (RG 80, 233). Zu erstatten ist auch der Zinsenbetrag, den der Nießbraucher von dem Wert der zuviel gezogenen Früchte erhalten konnte, da dieser Vorteil ihm nach Nießbrauchsrecht nicht gebührt. Der Nießbraucher braucht den Wertbetrag erst **nach Beendigung des Nießbrauchs** zu zahlen, da bis dahin die Zinsen des Wertbetrags ihm selbst zustehen. Daß er den Geldbetrag unter Vorbehalt seines Nießbrauchsrechts für den Eigentümer anlegt, kann nicht verlangt werden. Er muß aber für die Erfüllung der Ersatzpflicht (deren Höhe wegen des erwähnten Abzugs sich jährlich mindert) dem Eigentümer nach Maßgabe der §§ 232—240 **Sicherheit leisten.** Der Nießbraucher bleibt außerdem **im Falle des Verschuldens** nach den Grundsätzen des Schadensersatzes verpflichtet, dem Eigentümer den durch übermäßige Nutzung entstandenen Schaden sogleich zu ersetzen. Zur Erstattung des Wertes solcher Früchte, die infolge Umwandlung der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache außerordentlich gezogen sind (Abholzen eines Waldes usw.), ist der Nießbraucher auch dann verpflichtet, wenn er von dem Eigentümer die Erlaubnis zu der Umwandlung erhalten hatte oder als Verwalter des Eigentümers (RG 80, 229) zur Vornahme der Änderung befugt war.

2. Mit dem Anspruch auf Erstattung des Wertes braucht der Eigentümer nicht bis zur Beendigung des Nießbrauchs zu warten, wenn nach wirtschaftlichen Grundsätzen infolge des übermäßigen Fruchtbezugs die **Wiederherstellung der Sache** durch Aufforstungen usw. nötig geworden ist. In diesem Falle kann der Eigentümer verlangen, daß der Nießbraucher den von ihm zu erstattenden Betrag für diese Wiederherstellung verwendet. Der Nießbraucher kann die Wiederherstellung selbst ausführen und wird hierdurch, soweit die Verwendung wirtschaftlich angemessen ist, von der Erstattungspflicht auch dann befreit, wenn die Verwendung wider den Willen des Eigentümers erfolgt. Zu seiner Sicherheit kann er vor Ausführung der Verwendung die Einwilligung des Eigentümers fordern.

3. Wird die Wiederherstellung der Sache vom Eigentümer **nicht verlangt,** so **fällt** die **Ersatzpflicht** des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer nach Beendigung des Nießbrauchs (A 1) **insoweit weg,** als durch den ordnungswidrigen oder übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden, also z. B. im Falle des Abholzens eines ganzen Waldes insoweit, als der Nießbraucher nun aus dem Walde weniger Früchte bezieht.

4. Das Recht auf **sonstige Nutzungen,** die nicht zu den Sachfrüchten gehören (§ 99 Abs 3) — Mietzinsen, Pachtzinsen, Renten eines mit dem Grundstück verbundenen Rentenrechts usw. —, erwirbt der Nießbraucher, soweit die Nutzungen nach den im § 101 Nr 2 über die Auseinandersetzung mit dem Eigentümer gegebenen Vorschriften ihm verbleiben, bereits mit der Bestellung des Nießbrauchs oder doch in dem späteren Zeitpunkt der Entstehung des Rechts. Dabei erwirbt er das Recht auf regelmäßig wiederkehrende Erträge (wie Mietzinsen) zu dem der Dauer des Nießbrauchs entsprechenden Teile. Bei anderen Hebungen kommt es darauf an, ob die Fälligkeit in die Nießbrauchszeit fällt. Ist der Zeitpunkt der Fälligkeit ungewiß, kann z. B. der Schuldner die Zeit der Leistung nach seinem Belieben bestimmen, so können bis zur Beseitigung der Ungewißheit Nießbraucher und Eigentümer nur gemeinschaftlich über die Nutzung verfügen. Von diesem Verfügungsrecht ist zu unterscheiden die Rechtserwägung, daß nach Eigentumsgrundsätzen dem Nießbraucher das Eigentum an dem vom Schuldner Geleisteten durch Übergabe verschafft wird, sofern sie in diesem Sinne erfolgt.

§ 1040

Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich nicht auf den Anteil des Eigentümers an einem Schatze, der in der Sache gefunden wird [1]).

E I 990 II 950; M 3 504; P 3 392.

1. Der **Schatz** gehört nach der Bestimmung des § 99 Abs 1 nicht zu den Früchten. Er ist auch nicht Bestandteil oder Zubehör der Nießbrauchsache. Der Anteil des Eigentümers an dem Schatz (§ 984) fällt daher nicht dem Nießbraucher als Nutzung zu, unterliegt auch nicht mit seinen Nutzungen dem Nießbrauch.

§ 1041

Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen [1]). Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören [2]).

E I 991, 997, 998 Abs 1 II 951; M 3 504, 505, 510, 511; P 3 392.

1. Der Grundsatz, daß der Nießbraucher für die **wirtschaftliche Erhaltung der Sache** zu sorgen hat, besagt nicht, daß sämtliche Erhaltungskosten dem Nießbraucher obliegen. Inwieweit er zu Aufwendungen verpflichtet ist, ist in Satz 2 bestimmt. Im übrigen genügt er der Erhaltungs-

pflicht gemäß § 1042 dadurch, daß er dem Eigentümer rechtzeitig Anzeige macht, wenn Ausbesserungen oder besondere Vorkehrungen zur Erhaltung der Sache nötig werden. Hat er statt der Anzeige die dem Eigentümer obliegende Ausbesserung oder Erneuerung selbst vorgenommen, so kann gemäß § 1049 schon während der Nießbrauchszeit ein Anspruch auf Ersatz nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag begründet sein (§ 1049 A 1). Auch der Eigentümer ist dem Nießbraucher gegenüber nicht zur Erhaltung der Sache verpflichtet. Über die Verpflichtung des Nießbrauchers, dem Eigentümer die zur Erhaltung der Sache erforderlichen Handlungen zu gestatten: § 1044 A 1.

2. Unterhaltungskosten. Wie die außerordentlichen Nutzungen dem Nießbraucher nicht gebühren (§ 1039 A 1), so fallen ihm auch die außerordentlichen Unterhaltungskosten nicht zur Last. Diejenigen Kosten aber, die nach dem regelmäßigen Laufe der Dinge in kürzeren oder längeren Zeitabschnitten zur **Ausbesserung** oder allmählichen **Erneuerung** aufgewendet werden müssen, hat der Nießbraucher auch dann aus eigenen Mitteln zu bestreiten, wenn bei ihrer Entstehung das Verschulden eines Dritten mitgewirkt hat. Dasselbe gilt für die Kosten einer außergewöhnlichen Ausbesserung oder Erneuerung, die dadurch notwendig geworden ist, daß die Aufwendung der regelmäßigen Unterhaltungskosten unterlassen ist. Handelt es sich dagegen um Ausbesserungen oder Erneuerungen, die in einem außergewöhnlichen Ereignis oder in einem nach der Beschaffenheit der Sache bei längerem Gebrauch eintretenden Verfall ihren Grund haben, so sind dies Aufwendungen, die dem Nießbraucher nicht obliegen.

§ 1042

Wird die Sache zerstört oder beschädigt oder wird eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung der Sache oder eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich, so hat der Nießbraucher dem Eigentümer unverzüglich Anzeige zu machen. Das gleiche gilt, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt [1]).

E I 996, 998 Abs 2 II 952; M 3 508ff.; P 3 392.

1. Die Erhaltungspflicht des Nießbrauchers (§ 1041 Satz 1) zeigt sich auch darin, daß er von einer notwendig werdenden Ausbesserung oder Erneuerung, deren Kosten er nicht zu tragen hat, **unverzüglich dem Eigentümer,** der davon noch keine Kenntnis hat, **Anzeige machen** muß, damit dieser das Nötige besorgen kann. § 1042 spricht hier zwar nur von dem Falle einer **außergewöhnlichen Ausbesserung (Erneuerung).** Die Vorschrift ist aber auch anwendbar, wenn der Eigentümer den Nießbraucher von der Pflicht zur Vornahme bestimmter Ausbesserungen, die sonst als zur gewöhnlichen Unterhaltung gehörig dem Nießbraucher zur Last fallen würden, befreit hat, vorausgesetzt, daß die Abmachung nicht in dem Sinne getroffen ist, daß der Nießbraucher auch von der Anzeigepflicht befreit sein soll. Ist der Nießbraucher selbst zur Ausbesserung bereit, obwohl er hierzu nicht verpflichtet ist, so fällt, wie in E I 998 Abs 2 (M 3, 511) ausdrücklich bestimmt war, die Anzeigepflicht fort. Kraft der ihm obliegenden Erhaltungs- und Verwahrungspflicht ist der Nießbraucher ferner anzeigepflichtig, sobald besondere Vorkommnisse dem Eigentümer Anlaß zu sofortigem Einschreiten zwecks Wahrung seiner Eigentumsrechte geben. Dies ist der Fall, wenn **die Sache zerstört oder beschädigt** wird oder infolge unvorhergesehener Gestaltung der Dinge der **Gefahr der Zerstörung oder Beschädigung** ausgesetzt ist oder wenn **ein Dritter sich** tatsächlich oder wörtlich (in einer ernst zu nehmenden Weise) **Rechte an der Sache anmaßt.** Schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht macht den Nießbraucher schadensersatzpflichtig. Im Rechtsstreit hat der Eigentümer die Voraussetzungen der Anzeigepflicht, der Nießbraucher die Erfüllung oder die schuldlose Verhinderung an der Erfüllung zu beweisen. Die Gefahr des Eingangs der Anzeige hat der Eigentümer zu tragen, wenn der Nießbraucher bei der Absendung der Anzeige die gehörige Sorgfalt betätigt hat. Für den Mietvertrag ist eine dem § 1042 ähnliche Vorschrift in § 545 getroffen.

§ 1043

Nimmt der Nießbraucher eines Grundstücks eine erforderlich gewordene außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung selbst vor, so darf er zu diesem Zwecke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch Bestandteile des Grundstücks verwenden, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören [1]).

E I 999 Abs 1 II 953; M 3 511, 512; P 3 302; 6 244, 245.

1. Zur Vornahme einer **außergewöhnlichen Ausbesserung oder Erneuerung** ist weder der Nießbraucher noch der Eigentümer verpflichtet. Nimmt der Nießbraucher, wozu er berechtigt ist,

eine solche Ausbesserung oder Erneuerung vor, so hat er einen Anspruch auf Ersatz nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1049 A 1). Er kann aber, statt erst nachträglich Ersatz zu fordern, sich von vornherein dadurch Ersatz beschaffen, daß er **Grundstücksbestandteile,** auf die er als Nießbraucher kein Recht hat, **für die Ausbesserung verwendet.** Es handelt sich dabei um Bestandteile, die nicht zu den Früchten gehören, und um Früchte, die über die ordnungsmäßige Nutzung hinausgehen (§ 1039 A 1), deren Wert er also dem Eigentümer ersetzen müßte. Bei Ausübung des Rechts aus § 1043 muß der Nießbraucher sich aber **in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** (§ 1036 A 2) halten. Er darf nicht Grundstücksbestandteile wählen, deren Entnahme sich für den Wirtschaftsbetrieb oder den Wert des Grundstücks als unverhältnismäßig nachteilig herausstellt oder die bedeutend vorteilhafter zu anderen Zwecken zu verwenden gewesen wären. Ein Recht des Nießbrauchers auf Verwendung von Grundstücksbestandteilen ist selbstverständlich nur insoweit anzuerkennen, als er nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz für Aufwendungen aus eigenen Mitteln beanspruchen könnte. § 1043 ist auszudehnen auf Ausbesserungen und Erneuerungen, die zur gewöhnlichen Unterhaltung gehören, sofern der Nießbraucher von der Tragung dieser Kosten befreit ist.

§ 1044

Nimmt der Nießbraucher eine erforderlich gewordene Ausbesserung oder Erneuerung der Sache nicht selbst vor, so hat er dem Eigentümer die Vornahme [1]) und, wenn ein Grundstück Gegenstand des Nießbrauchs ist, die Verwendung der im § 1043 bezeichneten Bestandteile des Grundstücks [2]) zu gestatten.

E I 998 Abs 2, 999 Abs 2 II 954; M 3 510, 511; P 3 392; 6 244, 245.

1. Ist der Nießbraucher zur Vornahme der Ausbesserung oder Erneuerung bereit, so ist das Recht des Eigentümers, die Ausbesserung selbst vorzunehmen, ausgeschlossen. Andernfalls hat der Nießbraucher — was schon aus seiner Erhaltungspflicht folgt (§ 1041 A 1) — **dem Eigentümer** die **Vornahme der zur Ausbesserung oder Erneuerung erforderlichen Handlungen** an der Nießbrauchsache zu **gestatten.** Dieses Recht des Eigentümers kann, sobald er mit der Ausführung der Arbeiten begonnen hat, nicht dadurch beseitigt werden, daß der Nießbraucher sich hinterher zur Vornahme der Arbeiten erbietet. Das Recht des Eigentümers ist übrigens nicht als ein dingliches, sondern als ein schuldrechtliches aufzufassen. Es kann gegen den Willen des im Besitz befindlichen Nießbrauchers nur im Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 890, 892 ZPO) verwirklicht werden. Diese Grundsätze gelten gleichmäßig für alle Ausbesserungen (Erneuerungen), gewöhnliche und außergewöhnliche, mögen sie an sich dem Eigentümer oder dem Nießbraucher obliegen.

2. Nimmt der **Eigentümer** die Ausbesserung oder Erneuerung vor, so gebührt ihm auch das in § 1043 dem Nießbraucher eingeräumte **Recht,** hierfür **die Grundstücksbestandteile** zu **verwenden.** Dieses Recht steht ihm ebenfalls nur unter den in § 1043 festgesetzten Beschränkungen zu. Die Ausbesserung oder Erneuerung muß ferner nach wirtschaftlichen Grundsätzen erforderlich sein. Der Eigentümer hat dabei auf das Interesse des Nießbrauchers Rücksicht zu nehmen. Auch hier ist kein Unterschied zu machen zwischen außergewöhnlichen und gewöhnlichen Ausbesserungen, zwischen Ausbesserungen, die dem Eigentümer, und solchen, die dem Nießbraucher zur Last fallen.

§ 1045

Der Nießbraucher hat die Sache für die Dauer des Nießbrauchs gegen Brandschaden und sonstige Unfälle auf seine Kosten unter Versicherung zu bringen, wenn die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht [1]). Die Versicherung ist so zu nehmen, daß die Forderung gegen den Versicherer dem Eigentümer zusteht [2]).

Ist die Sache bereits versichert, so fallen die für die Versicherung zu leistenden Zahlungen dem Nießbraucher für die Dauer des Nießbrauchs zur Last, soweit er zur Versicherung verpflichtet sein würde [3]).

E I 1001, 1003 Nr 4 II 955; M 3 513, 514, 518; P 3 396ff.; 6 243, 244.

1. Als ein Ausfluß der Erhaltungspflicht des Nießbrauchers (§ 1041 Satz 1) ist es ferner anzusehen, daß er die **Nießbrauchsache auf seine Kosten** zu **versichern** hat. Eine unbedingte Versicherungspflicht ist jedoch dem Nießbraucher nicht auferlegt. Es kommt darauf an, ob und inwieweit (gegen welche Unfälle) die Versicherung **nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** geboten ist. In dieser Beziehung ist wesentlich auf die örtlichen Gewohnheiten und Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen. Der ordnungsmäßigen Wirtschaft wird es regelmäßig entsprechen,

Gebäude und Mobiliar (falls es sich nicht um ganz untergeordnete Nebengebäude oder geringwertige Sachen handelt) gegen Brandschaden, und zwar zum vollen Wert, versichert zu halten. Ob und inwieweit Versicherung gegen sonstige Unfälle (Hagelschaden bei ungetrennten Früchten, Diebstahl, Viehsterben, Brandschaden bei den auf einem Transport befindlichen Sachen) zu nehmen ist, darüber läßt sich keine allgemeine Regel aufstellen. Auch die Auffassung der beteiligten Kreise kann nicht unbedingt entscheidend sein, da die Verhältnisse des einzelnen Falles, z. B. die Größe der Gefahr und die Höhe des Wertes, eine Abweichung gebieten können.

2. Die Versicherung hat der Nießbraucher, soweit eine Versicherungspflicht besteht, so zu bewirken, daß der **Eigentümer einen unmittelbaren Anspruch gegen den Versicherer** erlangt. Das geschieht dadurch, daß die Versicherung für Rechnung des Eigentümers genommen und diesem der Versicherungsschein ausgehändigt wird (§§ 74ff. VersVG v. 30. 5. 08; vgl. auch § 328 BGB). Zu versichern ist der Wert der dem Nießbrauch unterliegenden Sache, und zwar ohne Abzug des Nießbrauchswerts. Dies folgt aus § 1046, wonach dem Nießbrauch auch die Forderung gegen den Versicherer unterliegt. Abzuschließen ist der Vertrag von dem Nießbraucher im eigenen Namen. Er hat demgemäß die Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungsbeitrags persönlich zu übernehmen und die sonstigen Kosten der Versicherung zu tragen. Auch im übrigen kommen dem Nießbraucher die Verpflichtungen und Rechte eines Versicherungsnehmers für fremde Rechnung zu. Er hat also die Pflicht der Anzeige, die übrigens nach § 79 VersVG v. 30. 5. 08 in gewissen Maße auch den Versicherten trifft, die Pflicht zur Unterlassung jeder Gefahrerhöhung und zur Minderung des eingetretenen Schadens, das Recht zur Verfügung nach § 76 dieses Gesetzes. Regelmäßig wird der Vertrag, obwohl der Nießbraucher zur Versicherung nur für die Dauer des Nießbrauchs verpflichtet ist, in der Weise geschlossen werden, daß die Versicherung nach Beendigung des Nießbrauchs vorbehaltlich des Kündigungsrechts für Rechnung des Eigentümers weiterläuft. Hat der Nießbraucher bei Eingehung der Versicherung sich als den Eigentümer ausgegeben, so wird er selbst, nicht der Eigentümer, forderungsberechtigt (**RG** 76, 136; anders ist die Regelung nach §§ 1381, 1646 für das ehemännliche und elterliche Nutznießungsrecht). Der Nießbraucher genügt in diesem Falle seiner Verpflichtung aus § 1045 dadurch, daß er dem Eigentümer als Versicherten die Rechte aus der Versicherung abtritt.

3. War in den Fällen, in denen die Versicherungspflicht den Nießbraucher trifft, **die Sache bereits früher von dem Eigentümer versichert,** so hat der Nießbraucher seine Versicherungspflicht dadurch zu erfüllen, daß er die auf die Nießbrauchszeit entfallenden Versicherungsbeiträge aus eigenen Mitteln entrichtet. Dies ist eine Verpflichtung, die dem Nießbraucher nur im Verhältnis zum Eigentümer obliegt. An dem Versicherungsverhältnis selbst, das lediglich zwischen dem Eigentümer und dem Versicherer besteht, ist der Nießbraucher nicht beteiligt. Läuft die früher eingegangene Versicherung während des Nießbrauchs ab, so sind für die neu einzugehende Versicherung die in A 2 dargestellten Grundsätze maßgebend.

§ 1046

An der Forderung gegen den Versicherer steht dem Nießbraucher der Nießbrauch nach den Vorschriften zu, die für den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gelten [1]).

Tritt ein unter die Versicherung fallender Schaden ein, so kann sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher verlangen, daß die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Der Eigentümer kann die Verwendung selbst besorgen oder dem Nießbraucher überlassen [2]).

E I 1002 II 956; M 3 514, 515; P 3 396ff.

1. Die **Forderung gegen den Versicherer ist dem Nießbrauchsrecht unterworfen,** falls nicht etwa durch Versicherung des Sachwerts unter Abzug des Nießbrauchswerts (vgl. § 1045 A 2) ausschließlich das Interesse des Eigentümers versichert ist. Dem Nießbrauchsrecht unterliegt die Forderung nicht nur dann, wenn der Nießbraucher die Sache gemäß gesetzlicher Verpflichtung für den Eigentümer versichert hat, sondern auch dann, wenn die Versicherung schon früher von dem Eigentümer genommen ist. In diesem Falle wird die Forderung mit Beginn des Nießbrauchs, unbeschadet der Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Schuldners (§§ 406—408), ohne weiteres von dem Nießbrauchsrecht ergriffen, soweit der Nießbraucher versicherungspflichtig ist. Die für Hypothekengläubiger geltende Sondervorschrift des § 1128 Abs 2 kann nicht unbedingt Anwendung finden (str.). Das Recht des Nießbrauchers an der Versicherungsforderung gestaltet sich ebenso wie bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung. Der Eigentümer kann also nur in Gemeinschaft mit dem Nießbraucher die Forderung einziehen, den Betrag in Empfang

nehmen oder sonst darüber verfügen (§§ 1077, 1078). Eine den Nießbrauch beeinträchtigende Aufhebung oder Veränderung der Versicherungsforderung ist dem Eigentümer ohne Zustimmung des Nießbrauchers nicht gestattet (§ 1071).

2. Auch hinsichtlich der Anlegung der gezahlten Versicherungssumme gelten an sich die in § 1079 für eine auf Zinsen ausstehende Forderung gegebenen Vorschriften. Diese Vorschriften erleiden aber dadurch eine Änderung, daß der Nießbrauch an der Versicherungsforderung nur dazu dienen soll, den Sachnießbrauch zu erhalten. Die Versicherungssumme soll dazu verwendet werden, den **früheren Zustand,** soweit dies möglich und **nach wirtschaftlichen Grundsätzen** (ohne Rücksicht auf die Sonderinteressen des Eigentümers oder Nießbrauchers) angemessen ist, **wiederherzustellen** oder in anderer Weise **Ersatz zu beschaffen,** indem die Nießbrauchssachen verbessert oder vervollständigt werden. Jeder Teil kann demgemäß die Verwendung der Versicherungssumme zu solchen Zwecken verlangen. Können sich die Parteien über die Art und Weise der Verwendung nicht einigen, so kommt die Besorgung der Verwendung dem Eigentümer als dem Hauptbeteiligten zu. Der Nießbraucher kann aber, wenn die von dem Eigentümer beabsichtigte Verwendung sich nicht innerhalb dieser Zwecke hält, hiergegen Einwendungen erheben und seine Rechte im Prozeßwege zur Geltung bringen. Auch kann er den Eigentümer, der bei der Ausführung schuldhaft die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verletzt hat, verantwortlich machen. Dem Eigentümer steht es frei, die Besorgung dem Nießbraucher zu überlassen, der in diesem Falle die Übernahme der Ausführung nicht verweigern darf. Der Eigentümer ist aber nicht berechtigt, dem Nießbraucher über die Verwendung Anweisungen zu erteilen. Ihm verbleibt nur das Recht, von dem Nießbraucher bei schuldhafter Verletzung seiner Pflichten Schadensersatz zu fordern. Der beschaffte Ersatz tritt, wenn bei dem Erwerb keine andere Ansicht kundgegeben ist, in die Rechtsstellung der Nießbrauchsache ein (str., ob die ausdrückliche Einräumung des Nießbrauchs erforderlich ist).

§ 1047

Der Nießbraucher ist dem Eigentümer gegenüber verpflichtet [1]), für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind [2]), sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen [3]).

E I 1003 Nr 1—3 II 957; M 3 515ff.; P 3 399; 6 244, 245.

1. Der § 1047 regelt die **schuldrechtliche Verpflichtung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer,** diejenigen Lasten zu tragen, deren Entrichtung aus den Erträgen der Sache erwartet werden darf. Diese Verpflichtung kann durch Parteivereinbarung ausgeschlossen oder abgeändert werden (RG Warn 1911, 288; SeuffA 62, 318; KGJ 41, 294; OLG 26 S. 89, 91). In Ermangelung einer Vereinbarung ist aber die Verpflichtung zur Lastentragung nicht davon abhängig, daß im einzelnen Falle die gezogenen Nutzungen zur Deckung der Lasten ausreichen (RG 72, 102; Warn 1911, 288; OLG 26 S. 91, 93; 29, 351; 31, 338). Wird der Nießbrauch dem Gläubiger des Eigentümers zur Befriedigung wegen seiner Forderung eingeräumt (§ 1030 A 6), so läßt sich nicht als Wille der Parteien annehmen, daß der Nießbraucher die Lasten über die wirklichen Einnahmen hinaus zu bestreiten hat (Gruch 57, 631). Die Verpflichtung des Nießbrauchers besteht nur im Verhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer. Wer von ihnen gegenüber demjenigen, der die Berichtigung der Lasten zu fordern berechtigt ist, die Lasten zu tragen hat, bestimmt sich nach den für die betreffenden Lasten geltenden Vorschriften. Die Gläubiger des Eigentümers haben keinen persönlichen Anspruch gegen den Nießbraucher (RG 72, 103; 100, 157; OLG 13, 239; 26 S. 91, 93; SeuffA 62 Nr 182), können aber durch Pfändung des Anspruchs des Eigentümers ein Recht auf Zahlung erlangen. Dem Nießbraucher ist es nicht verwehrt, sich die Hypothekenzinsforderung abtreten zu lassen, mag er auch das Entgelt für die Abtretung aus den seinem Nießbrauchsrecht unterliegenden Grundstückseinkünften bezahlen (RG 100, 157). Eine dem § 1047 entsprechende Verwendung der Grundstückseinkünfte kann sich der Realberechtigte nur dadurch sichern, daß er gemäß §§ 1123, 1124 die Beschlagnahme erwirkt (RG 100, 155; § 1124 A 4, 5). Eine Abmachung zwischen Eigentümer und Nießbraucher, wonach letzterer zur Zahlung von Hypothekenzinsen usw. nicht verpflichtet ist, kann nicht als wider die guten Sitten verstoßend angesehen werden (SeuffA 62 Nr 182). Möglich bleibt die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung (RG Warn 1918 Nr 198). Dagegen haben bei dem Nießbrauch an einem Vermögen die Gläubiger des Nießbrauchsbestellers nach § 1088 (A 2) einen unmittelbaren Anspruch gegen den Nießbraucher auf Entrichtung der Zinsen. Der dem Eigentümer gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Lastentragung genügt der Nießbraucher dadurch, daß er die Leistungen unmittelbar an den

empfangsberechtigten Dritten entrichtet oder ihn in anderer Weise befriedigt. Der Eigentümer kann nur Befreiung, nicht Leistung an sich selbst verlangen; auch der Nießbraucher ist zu einer solchen Leistung nicht berechtigt (RG 72, 103). Die in § 1047 bestimmten Nießbrauchspflichten treffen nicht ohne weiteres den Eigentümer, der bei Verschenkung des Grundstücks sich die „lebenslängliche Benutzung" vorbehalten hat (RG Warn 1917 Nr 144). Ein allgemeiner Grundsatz, daß derjenige, der die Vorteile einer Sache genießt, im Zweifel auch die Lasten zu tragen hat, ist im Gesetz nicht ausgesprochen. Über die Verteilung der Lasten zwischen Eigentümer und Nießbraucher bei Beginn und Beendigung des Nießbrauchs s. § 103. — Keine besondere Bestimmung ist getroffen über die Fruchtgewinnungskosten. Diese Kosten fallen als eine den Ertrag der Nutzung mindernde Ausgabe dem Nießbraucher zur Last. Ebenso sind die Betriebskosten eines geschäftlichen Unternehmens von dem Nießbraucher zu tragen. Der Ersatz der Gewinnungskosten für die bei der Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zufallenden Früchte ist in § 1055 A 3 behandelt.

2. Die **öffentlichen Lasten** bestimmen sich nach dem öffentlichen Recht. Soweit sie auf den wirtschaftlichen Ertrag der Sache, nicht **auf den Stammwert gelegt** sind (Grund- und Gebäudesteuer, Gewerbesteuer, Gemeindegebühren), liegen sie stets dem Nießbraucher ob. Andere öffentliche Lasten treffen ihn nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht zu den **außerordentlichen Lasten** gehören, die ausnahmsweise infolge eines besonderen Ereignisses zur Hebung kommen (JW 1924, 788). Die Hundesteuer ist eine auf den Stammwert der Sache gelegte Abgabe. Es handelt sich dabei aber nicht um eine außerordentliche, sondern um eine ständige Abgabe, die regelmäßig erhoben wird. Sie fällt also doch dem Nießbraucher zur Last. Dasselbe gilt für die frühere preuß. Ergänzungssteuer (JW 1920, 153). Zu den auf den Stammwert gelegten außerordentlichen Abgaben sind namentlich die früheren Kriegssteuern und die Anliegerbeiträge zu rechnen. Die nach dem früheren RGes. v. 3. 7. 13 von dem Vermögenszuwachs zu entrichtende Besitzsteuer fiel nach § 17 dieses Gesetzes in Ermanglung einer anderen Vereinbarung dem Eigentümer zur Last, ebenso der nach dem weiteren früheren Ges. v. 3. 7. 13 erhobene außerordentliche Wehrbeitrag (§ 14 das.) und die durch Ges. v. 21. 6. 16 eingeführte frühere Kriegssteuer. Über die landwirtschaftliche Betriebsabgabe nach dem RGes. über die Besteuerung des Betriebes v. 11. 8. 1923: JW 1924, 788. Auf Leistungen im polizeilichen Interesse ist der Begriff der öffentlichen Lasten nicht zu erstrecken (§ 1654 A 1).

3. Die **privatrechtlichen Lasten** sind nach der in A 1 bezeichneten Regel ausnahmslos von dem Nießbraucher zu tragen, da sie nach allgemeiner Auffassung aus den Einkünften zu decken sind. Der Eigentümer — auch ein während der Nießbrauchszeit neu eintretender Eigentümer — kann aber durch Auferlegung neuer Lasten das Recht des Nießbrauchers nicht schmälern. Nur diejenigen Lasten können deshalb in Betracht kommen, welche der Sache bereits **zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auferlegt** waren oder deren spätere Auferlegung sich der Eigentümer dem Nießbraucher gegenüber durch besondere Vereinbarung vorbehalten hat (OLG 29, 351). Die persönlichen Verpflichtungen des Nießbrauchers können auch nicht dadurch erhöht werden, daß der Grundstückseigentümer auf Grund des § 1119 für eine unverzinsliche Hypothek nachträglich Zinsen eintragen läßt oder den niedrigeren Zinssatz bis auf 5 v. H. erhöht. Eine Ausnahme hiervon wird zu machen sein, wenn die Erhöhung des Zinssatzes geboten war, weil eine Hypothek zu geringeren Zinsen nicht erhältlich war (bestr.). Zu den privatrechtlichen Lasten gehören die Reallasten (§ 1105) und die reallastähnlichen gesetzlichen Verpflichtungen (§§ 912, 913, 917, 1022), die **Zinsen einer Hypothek oder Grundschuld** (§§ 1113 ff., 1191 ff.) sowie **die auf Grund einer Rentenschuld** (§ 1199) **zu entrichtenden Leistungen.** Die Zahlung des Kapitals (auch der Ablösungssumme: § 1200) geht den Nießbraucher nichts an. Er hat deshalb auch weder für die zur allmählichen Tilgung des Kapitals bestimmten Beträge noch für die bei Verzug des Eigentümers mit Zahlung des Kapitals oder der Tilgungsbeträge entstehenden Verzugszinsen aufzukommen. Der Nießbraucher ist auch nicht haftbar wegen Verzugs des Eigentümers mit der Entrichtung einer vor der Bestellung des Nießbrauchs fälligen Leistung. Handelt es sich um eine Gesamthypothek, so hat der Nießbraucher die Zinsen nur insoweit zu tragen, als sie bei der Ausgleichung zwischen den verschiedenen Eigentümern der verhafteten Grundstücke dem Eigentümer des Nießbrauchsgrundstücks zur Last fallen oder, wenn die verhafteten Grundstücke sämtlich im Eigentum desselben Eigentümers sich befinden, als die Zinsen nach dem Verhältnis des Wertes der verhafteten Grundstücke auf das dem Nießbrauch unterliegende Grundstück entfallen (str.). Ist indessen die Gesamthypothek lediglich zur Verbesserung des Nießbrauchsgrundstücks aufgenommen, so wird als bei der Begründung des Nießbrauchs vereinbart gelten können, daß die Zinsen allein dem Nießbraucher zur Last fallen. Die Vormerkung ist keine Last im Sinne des § 1047. Die Zinsen der vorgemerkten Forderung braucht der Nießbraucher erst von dem Zeitpunkt an zu entrichten, wo die Vormerkung in eine endgültige Hypothek umgeschrieben ist. Dasselbe wird von den Zinsen einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) zu gelten haben (str.). Die Verzinsung einer Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld liegt dem Nießbraucher niemals ob (bestr.; vgl. § 1197 Abs 2). Hat nach der Bestellung des Nießbrauchs der Eigentümer die auf ihn übergegangene Hypothek einem Dritten abgetreten,

so verbleibt dem Nießbraucher die Zinsenpflicht bis zur Höhe der früher für die Hypothek zu entrichtenden Zinsen. Hat der Nießbraucher selbst eine Hypothek an dem Grundstück, so schuldet der Eigentümer ihm während der Dauer des Nießbrauchs keine Zinsen davon (OLG 31, 338). Nicht zu den Lasten (RG 66, 316) gehören die Grunddienstbarkeiten. Ihre Ausübung hat der Nießbraucher nach den Grundsätzen über widerstreitende dingliche Rechte zu dulden, wenn die Grunddienstbarkeit dem Nießbraucher vorgeht oder gleichsteht (vgl. indes § 1060) oder wenn sein Recht durch die Ausübung nicht beeinträchtigt wird. — Ist eine dem Nießbrauch unterliegende bewegliche Sache verpfändet, so trifft in Ermangelung einer anderen Vereinbarung die Zinsenpflicht den Nießbraucher nicht. Die Zinsen pflegen hier nicht als eine aus den Einkünften der Sache zu deckende Last angesehen zu werden.

§ 1048

Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen. Er hat für den gewöhnlichen Abgang sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen; die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum desjenigen, welchem das Inventar gehört [1]).

Übernimmt der Nießbraucher das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerte zurückzugewähren, so finden die Vorschriften der §§ 588, 589 entsprechende Anwendung [2]).

E I 1000 II 958; M 3 512, 513; P 3 306.

1. Wenn der **Nießbrauch an einem Grundstück mit Beilaß** (Inventar) besteht, so bringt es der regelmäßige Wirtschaftsbetrieb mit sich, daß einzelne Beilaßstücke verkauft oder verbraucht werden und daß dafür andere Stücke wieder angeschafft werden. Diesen Verhältnissen trägt der § 1048 dadurch Rechnung, daß er dem Nießbraucher ein **Verfügungsrecht** einräumt. Der Beilaß wird zwar nicht Eigentum des Nießbrauchers und kann deshalb auch nicht von seinen Gläubigern angegriffen werden. Der Nießbraucher darf aber hierüber frei verfügen, soweit sich die Verfügung **innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** hält. Von der Einhaltung dieser Voraussetzung hängt auch die Wirksamkeit der Verfügung Dritten gegenüber ab (bestr., ob der Nießbraucher bei Überschreitung der Grenzen nur zum Schadensersatz verpflichtet ist). Zur Sicherung des Dritten kann der Nießbraucher verlangen, daß der Eigentümer die Wirksamkeit der Verfügung anerkennt. Die von dem Nießbraucher **angeschafften Beilaßstücke** gehen **mit der Einstellung in den Beilaß**, d. h. sobald die angeschafften Stücke in den Dienst der Wirtschaft gestellt sind, kraft Gesetzes (KGJ 40, 188) in das **Eigentum des Grundstückseigentümers** über (vgl. hierzu HRR 1932 Nr 1049). Der Nießbraucher ist dem Eigentümer gegenüber verbunden, den Beilaß vollzählig zu erhalten. Er hat deshalb an Stelle der veräußerten oder als unbrauchbar in Abgang gekommenen Stücke Ersatzstücke anzuschaffen, soweit dies nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erforderlich ist. Bei außerordentlichen Unglücksfällen (z. B. allgemeines Viehsterben, Feuersbrunst) kann eine solche Ergänzung von dem Nießbraucher nicht verlangt werden. Die Ergänzungs- und Erhaltungspflicht liegt dem Nießbraucher auch ob, wenn der Beilaß in verbrauchbaren Sachen (§ 1067) besteht.

2. Hat der Nießbraucher die **Beilaßstücke zum Schätzungswert** zwecks Rückgabe zum künftigen Schätzungswert übernommen, wozu er keine Verpflichtung hat, so erlangt er zwar ebenfalls nicht das Eigentum. Er hat aber, ohne daß er sich auf unverschuldeten Untergang oder Verschlechterung oder Preisrückgang berufen kann, Beilaßstücke **zum gleichen Schätzungswerte zurückzugeben (§ 588).** Der Eigentümer kann hierbei solche Stücke, die nach wirtschaftlichen Grundsätzen überflüssig (Superinventar) oder zu wertvoll sind (Plusinventar), zurückweisen. Weicht der Schätzungswert der zurückzuübernehmenden Stücke von dem Schätzungswert der vom Nießbraucher übernommenen Stücke ab, so ist der **Wertunterschied** von dem Nießbraucher **zu ersetzen oder**, wenn sich ein Überschuß für ihn ergibt, ihm **zu vergüten (§ 589).**

§ 1049

Macht der Nießbraucher Verwendungen auf die Sache, zu denen er nicht verpflichtet ist, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag [1]).

Der Nießbraucher ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen [2]**.**

E I 1010 II 959; M 3 523ff.; P 3 405, 406; 5 236; 6 94, 95.

1. Soweit der Nießbraucher zu **Verwendungen auf die Nießbrauchsache** verpflichtet ist (§§ 1041, 1047, 1048), hat er keinen Ersatzanspruch. Im übrigen bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 683 f.). Der Nießbraucher ist bloß deshalb, weil er ein Interesse hat, die seinem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände zu erhalten und nutzbringender zu machen, nicht berechtigt, Verwendungen mit einer den Eigentümer verpflichtenden Wirkung vorzunehmen. Zur Begründung des Ersatzanspruchs gehört vielmehr, daß das Eingreifen des Nießbrauchers dem Interesse und (sofern er nicht eine dem Eigentümer im öffentlichen Interesse obliegende Pflicht erfüllt) dem wirklichen oder annehmbaren Willen des Eigentümers entspricht (§§ 679, 683). Dies gilt auch — anders die Bestimmung des § 547 Abs 1 beim Mietvertrage — für notwendige Verwendungen. Die Sache kann so liegen, daß der Eigentümer kein Interesse an der Erhaltung bestimmter Sachen hat, weil sie wertlos geworden sind oder weil ihre Erhaltung zu hohe Kosten erfordert oder weil der Eigentümer zu einem anderen Betriebe übergehen will. Verzinsung des Aufgewendeten kann der Nießbraucher nach § 256 insoweit fordern, als er nicht bereits dadurch entschädigt wird, daß durch die Verwendung die ihm zukommenden Nutzungen sich erhöhen (bestr.). Ist ein Ersatzanspruch nicht begründet, so kann der Nießbraucher das Verwendete nur, soweit hierdurch der Wert der Sache noch bei der Rückgabe erhöht ist, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (§§ 684, 685). Der Anspruch aus auftragsloser Geschäftsführung kann schon vor Beendigung des Nießbrauchs geltend gemacht werden. Er geht regelmäßig nur gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Verwendung Eigentümer der Sache war. Denn der Nießbraucher kann, falls nicht besondere Umstände vorliegen, nur diesen als zum Ersatz verpflichtet ansehen (bestr.). Dagegen kann der Bereicherungsanspruch gemäß § 822 auch gegen den Dritten erhoben werden, dem der erste Empfänger das aus der Verwendung Erlangte unentgeltlich überlassen hat. Wegen des Anspruchs gegen den Nießbrauchsbesteller s. § 1058 A 1 und wegen des Absonderungsrechts im Konkurse § 49 Abs 1 Nr 3 KO. Der Nießbraucher kann wegen seines Anspruchs auf Ersatz oder Herausgabe der Verwendungen auch das Zurückbehaltungsrecht ausüben.

2. Statt des Ersatzanspruchs kann der Nießbraucher, wenn das Verwendete in äußeren Zusammenhang mit der Sache gebracht ist, diese **Einrichtung wegnehmen.** Das gilt auch dann, wenn die Einrichtung zu einem wesentlichen Bestandteil der Sache geworden, mithin in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergegangen ist. Ein solcher Eigentumsübergang wird allerdings nach § 95 in der Regel nicht stattgefunden haben, da die Verbindung von vornherein zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt sein wird (§ 95 A 2, 5). Die Bestimmungen des § 258 wegen Wiederinstandsetzung und Sicherheitsleistung finden auch auf den Fall des § 1049 Anwendung. Das Recht der Wegnahme steht dem Nießbraucher auch gegen jeden späteren Eigentümer zu.

§ 1050

Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, welche durch die ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden, hat der Nießbraucher nicht zu vertreten [1]**.**

E I 1007 Abs 1 II 960; M 3 520; P 3 401.

1. Über die Nichthaftbarkeit für **Veränderungen** oder **Verschlechterungen durch ordnungsmäßige Ausübung** des Nießbrauchs vgl. die übereinstimmende Vorschrift des § 548. Der Nießbraucher hat grundsätzlich nicht die Pflicht, die Sache in demselben Zustand, in dem er sie erhalten hat, an den Eigentümer zurückzugeben (§ 1055 A 2).

§ 1051

Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet, so kann der Eigentümer Sicherheitsleistung [1] **verlangen** [2]**.**

E I 1005 II 961 Abs 1 Satz 1; M 3 518, 519; P 3 399; 6 389.

1. Das **Recht des Eigentümers auf Sicherheitsleistung** ist nicht dadurch bedingt, daß es bereits zu einer Verletzung seiner Rechte gekommen ist. Es genügt ein solches Verhalten des Nießbrauchers, daß mit Grund eine **erhebliche Verletzung der Rechte des Eigentümers** (vgl. namentlich §§ 1036 Abs 2, 1041) **zu besorgen** ist. Auch die Abveräußerung von Sachen kann zu dieser Besorgnis Anlaß geben, obwohl der Eigentümer die Sachen erst nach Beendigung des Nieß-

brauchs zurückfordern darf. Eine Gefährdung des Eigentümers bezüglich einzelner untergeordneter Nießbrauchsgegenstände kann aber diese Folge nicht haben. Nicht unbedingt erforderlich ist, daß das Verhalten des Nießbrauchers, sei es ein positives Verhalten, sei es ein Unterlassen der nötigen Fürsorge, ihm als Verschulden anzurechnen ist (str.). Regelmäßig wird allerdings die Gefahr einer erheblichen Rechtsverletzung nur im Falle des Verschuldens bestehen. Ausnahmsweise kann aber § 1051 auch Platz greifen, wenn ein Verschulden des Nießbrauchers (z. B. wegen Fehlens der nötigen Einsicht oder wegen geistiger Störungen) nicht nachweisbar ist. Das Recht auf Sicherheitsleistung kann jeder Miteigentümer in Ansehung der ganzen Sache, nicht bloß in Höhe seines Anteils geltend machen (§ 1011). Er ist jedoch in diesem Falle darauf beschränkt, auf Sicherheitsleistung an sämtliche Miteigentümer oder auf Hinterlegung zu klagen (str.).

2. Die **Art der Sicherheitsleistung** bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 232—240. Die **Höhe** der zu leistenden Sicherheit richtet sich nach dem Umfang der Gefährdung. In dieser Beziehung dürfen die Grenzen nicht zu eng gezogen werden. Mögen auch die Handlungen des Nießbrauchers nur auf bestimmte Rechtsverletzungen gerichtet gewesen sein, so kann sich hieraus doch die Besorgnis weiterer Rechtsverletzungen auf verwandten Gebieten ergeben.

§ 1052

Ist der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurteilt, so kann der Eigentümer statt der Sicherheitsleistung verlangen, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird. Die Anordnung der Verwaltung ist nur zulässig, wenn dem Nießbraucher auf Antrag des Eigentümers von dem Gericht eine Frist zur Sicherheitsleistung bestimmt worden und die Frist verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn die Sicherheit vor dem Ablaufe der Frist geleistet wird [1]).

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Gerichts wie ein für die Zwangsverwaltung eines Grundstücks bestellter Verwalter. Verwalter kann auch der Eigentümer sein [2]).

Die Verwaltung ist aufzuheben, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird [1]).

E I 1006 II 961 Abs 1 Satz 2, Abs 2, 3; M 3 519, 520; P 3 399, 400; 6 389, 390.

1. Kommt der **Nießbraucher**, der **rechtskräftig zur Sicherheitsleistung verurteilt** ist (§ 1051), innerhalb der im Urteil (§ 255 Abs 2 ZPO) oder durch besonderen Beschluß des Vollstreckungsgerichts (§ 764 ZPO) bestimmten Frist (seit Rechtskraft des Urteils) dem Urteil nicht oder nicht vollständig nach, so kann der Eigentümer die **Verwaltung der Sache für Rechnung des Nießbrauchers** verlangen. Er erreicht auf diese Weise eine zweckentsprechende Sicherung in viel einfacherer und durchgreifenderer Weise als durch Erzwingung der Sicherheitsleistung. Die Verwaltung findet nur statt als Ersatz der Sicherheitsleistung. Sie ist daher **wieder aufzuheben**, sobald **nachträglich** die **Sicherheit** von dem Nießbraucher **geleistet** wird.

2. Die **Anordnung der Verwaltung** erfolgt nicht auf Grund einer besonderen Verurteilung zur Duldung der Verwaltung nach erhobener Klage, sondern wie die Maßnahme bezüglich der Sicherheitsleistung (A 1) sogleich im Wege der Zwangsvollstreckung. Der Antrag ist deshalb — abgesehen von dem Falle des § 1054 — bei dem Vollstreckungsgericht (§ 764 ZPO) zu stellen. Dieses hat die Ausübung des Nießbrauchs einem Verwalter zu übertragen, der den Nießbraucher in der Wahrnehmung seiner Rechte und der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten vertritt und sich in den Besitz der Sache zu setzen hat. Als **Verwalter** kann **auch der Eigentümer** bestellt werden. Die Verfügungsbeschränkung des Nießbrauchers tritt nicht erst mit der Inbesitznahme, sondern schon mit der Zustellung der gerichtlichen Anordnung an den Nießbraucher ein. Die Eintragung der Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch ist unzulässig. Der Verwalter hat über die von ihm geführte Verwaltung Rechnung zu legen und den verbleibenden Überschuß dem Nießbraucher abzuliefern. Er steht nach Maßgabe der §§ 150, 153 ZVG **unter der Aufsicht des Vollstreckungsgerichts**, das die Abnahme der Rechnung durch den Nießbraucher herbeizuführen (§ 154 ZVG), auch die dem Verwalter gebührende Vergütung festzusetzen hat. Der Nießbraucher ist nicht befugt, dem Verwalter Anweisungen über die Art der Verwaltung zu erteilen, sondern hat sich ebenso wie der Eigentümer mit etwaigen Anträgen an das Gericht zu wenden. Unterwirft sich der Nießbraucher freiwillig auf Grund eines besonderen Übereinkommens der Verwaltung, so findet eine Mitwirkung des Vollstreckungsgerichts nicht statt. Der Verwalter

hat dann die Stellung eines Bevollmächtigten des Nießbrauchers (vgl. § 168 Satz 2). Die Eintragung in das Grundbuch ist auch in diesem Falle ausgeschlossen. Über die Wirksamkeit der die Entziehung des Nießbrauchs betreffenden Anordnung gegenüber dem Schuldner einer mit dem Nießbrauch belasteten Forderung: § 1070 A 2.

§ 1053

Macht der Nießbraucher einen Gebrauch von der Sache, zu dem er nicht befugt ist, und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fort, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen [1]).

E I 1004 II 962; M 3 518; P 3 399.

1. Voraussetzung der **Klage auf Unterlassung eines unbefugten Gebrauchs** ist hier — ähnlich wie im § 550 —, daß der Nießbraucher **trotz Abmahnung** den seine Befugnisse überschreitenden Gebrauch schuldhaft fortgesetzt hat. Nicht nötig ist, daß der Nießbraucher ein Recht auf diese Art des Gebrauchs in Anspruch nimmt. Die Unterlassungsklage geht auf Beseitigung der fortdauernden Beeinträchtigung. Dadurch, daß die Beeinträchtigung später aufgehört hat, wird die Anstellung der Klage nicht ausgeschlossen, falls nicht jedes Interesse des Eigentümers an der Erhebung der Klage weggefallen ist. Wird die Sache unbefugt von dem Nießbraucher veräußert, so ist an sich für die Unterlassungsklage des § 1053 kein Raum. Wenn jedoch durch die unbefugte Verfügung eine Unsicherheit des Rechtszustandes herbeigeführt ist, so kann Anlaß zur Feststellungsklage aus § 256 ZPO gegeben sein.

§ 1054

Verletzt der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fort, so kann der Eigentümer die Anordnung einer Verwaltung nach § 1052 verlangen [1]).

E I 1006 Abs 1 II 963; M 3 519, 520; P 3 399, 400.

1. Der Eigentümer kann die Anordnung der **Verwaltung nach § 1052** bei dem Vollstreckungsgericht (§ 764 ZPO) beantragen auf Grund einer den Nießbraucher zur Duldung der Verwaltung verurteilenden vollstreckbaren Entscheidung. Voraussetzung hierfür ist, daß der Nießbraucher durch unbefugten Gebrauch oder in anderen Beziehungen die **Rechte des Eigentümers verletzt** und **trotz Abmahnung** das verletzende Verhalten fortgesetzt hat. Als eine solche Rechtsverletzung ist es auch anzusehen, wenn der Nießbraucher begonnen hat, unter Anmaßung des Eigentumsrechts die Nießbrauchsachen zu veräußern oder zu belasten. Die Rechtsverletzung muß in jedem Falle eine derartige sein, daß sie zu der einschneidenden Maßnahme der Verwaltung nicht außer Verhältnis steht. § 1054 verlangt deshalb, daß die Rechte des Eigentümers **in erheblichem Maße** verletzt sind. Schuldhaft braucht die Rechtsverletzung nicht zu sein. Die Verwaltung wird nicht dadurch beseitigt, daß der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung bereit ist.

§ 1055

Der Nießbraucher ist verpflichtet, die Sache nach der Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer [1]) zurückzugeben [2]).

Bei dem Nießbrauch an einem landwirtschaftlichen Grundstücke finden die Vorschriften der §§ 591 [2]), 592 [3]), bei dem Nießbrauch an einem Landgute finden die Vorschriften der §§ 591 bis 593 entsprechende Anwendung [4]).

E I 991, 1007, 1009 II 964; M 3 504ff., 520ff.; P 3 392, 401, 402.

1. Der § 1055 handelt — im Unterschiede von dem dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 — von der aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer sich ergebenden Pflicht der **Rückgewähr.** Die Sache ist zurückzugeben an denjenigen **Eigentümer,** welcher **zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs** das Eigentum hat. Ist die Sache während der Nießbrauchszeit veräußert worden, so tritt der Erwerber von der Zeit des Eigentumsübergangs an in alle Rechte und Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen dem Nießbraucher und Eigentümer ein. Die aus diesem Schuldverhältnisse für den Veräußerer begründeten Rechte, soweit sie auf die Rückgabe Bezug haben (unbeschadet der zum Schutz des gutgläubigen Schuldners bestimmten Vorschriften der §§ 406ff.), gehen auf den Erwerber über. Die Rückgabepflicht erledigt sich, wenn der Nießbraucher von vornherein bei Bestellung des Nießbrauchs (ohne daß er hiervon Kenntnis hatte) Eigentümer war oder nachträglich das Eigentum erlangt hat. Denn nicht der Besteller als solcher, sondern der Eigentümer

kann die Rückgabe fordern. Durch die (von § 1223 abweichende) Vorschrift des § 1055 Abs 1 wird an sich der persönliche Anspruch des Bestellers auf Rückgabe nicht ausgeschlossen. Hat der Nießbraucher von dem Nichteigentum des Bestellers keine Kenntnis, so greift § 1058 ein. Andernfalls kann der Besteller die Rückgabe nur verlangen, wenn die Rechte des Eigentümers hierdurch nicht gefährdet werden. Ergeben sich in dieser Beziehung Bedenken, so kann der Besteller mit dem Rückgabeanspruch nur durchdringen, wenn er dem Nießbraucher wegen der aus der Rückgabe drohenden Nachteile Sicherheit leistet.

2. **Was die Beschaffenheit der zurückzugebenden Sache** betrifft, so gilt im allgemeinen der Grundsatz, daß die Sache in demselben Zustande zurückzugeben ist, in dem der Nießbraucher sie empfing. Diesen Zustand hat der Eigentümer nachzuweisen. Zufällige Verschlechterungen oder Verminderungen sowie eine durch ordnungsmäßigen Gebrauch herbeigeführte Abnutzung (§ 1050) hat indes der Nießbraucher nicht zu vertreten. Seine Pflicht ist es, nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft mit der Sache zu verfahren (§ 1036 Abs 2). Hieraus folgt, daß die Sache in dem Zustand zurückzugeben ist, der sich bei einer während der Nießbrauchszeit fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt. Das ist **für landwirtschaftliche Grundstücke** (zum Betriebe der Landwirtschaft, nicht auch Forstwirtschaft, bestimmte Grundstücke) durch Bezugnahme auf **§ 591** ausdrücklich ausgesprochen, gilt aber ebenso auch für andere Sachen. Ist dieser Zustand nicht vorhanden, weil es der Nießbraucher schuldhaft (§§ 276, 278, 1042, 1045, 1048) an der ordnungsmäßigen Bewirtschaftung hat fehlen lassen, so ist er schadensersatzpflichtig. Befindet sich die Sache in einem besseren Zustand, so hat der Nießbraucher einen Anspruch auf Vergütung nur dann, wenn die Werterhöhung durch Verwendungen des Nießbrauchers (§ 1049 A 1), nicht durch seine persönliche Tätigkeit oder Verwendungen dritter Personen herbeigeführt ist.

3. Eine **Vergütung der Fruchtgewinnungskosten für die noch ungetrennten Früchte**, die der Eigentümer bei Beendigung des Nießbrauchs im Laufe eines von der Bestellung ab zu rechnenden Nießbrauchsjahres an dem **landwirtschaftlichen Grundstück** erhält, kann der Nießbraucher nach näherer Bestimmung des **§ 592** nur beanspruchen, wenn infolge der Beendigung des Nießbrauchs im Laufe des Nießbrauchsjahres die Früchte, die nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft vor Ablauf des Nießbrauchsjahres zu trennen gewesen wären, ihm nicht mehr zukommen. Der Anspruch geht auch nur so weit, als die Kosten einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen (**RG** 110, 311). Bei der Berechnung, ob die Kosten den Wert der Früchte nicht übersteigen, sind, soweit der Wirtschaftsbetrieb für die betreffenden Früchte ein einheitlicher ist, der Gesamtwert der Früchte und der Gesamtbetrag der Bestellungskosten miteinander zu vergleichen.

4. Für die **Rückgewähr eines Landguts** gilt außerdem die besondere **Regel des § 593**. Der Nießbraucher ist verpflichtet, von den vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen, gleichviel ob er solche bei Beginn des Nießbrauchs übernommen hat oder nicht, so viel zurückzulassen, daß damit die Wirtschaft bis zur nächsten Ernte fortgeführt werden kann (§ 593 Abs 1). Da der Nießbraucher hierdurch eine Schmälerung seines Nutzungsrechts erleidet, kann er den Wert der zurückzulassenden Erzeugnisse ersetzt verlangen, soweit dieser Wert infolge größerer Stückzahl oder besserer Beschaffenheit, nicht infolge Steigens der Preise den Wert der bei Beginn des Nießbrauchs übernommenen Erzeugnisse übersteigt (§ 593 Abs 2). Dies gilt indes nicht für den auf dem Gut gewonnenen Dünger, den der Nießbraucher ohne Entschädigung zurücklassen muß (§ 593 Abs 3). Hat der Nießbraucher die aus § 593 sich ergebende Verpflichtung nicht erfüllt, so muß er Schadensersatz leisten. Auf den Schadensersatzanspruch des Eigentümers kommt aber die Vergütung in Anrechnung, die der Eigentümer dem Nießbraucher zu gewähren hat.

§ 1056

Hat der Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet, so finden nach der Beendigung des Nießbrauchs die für den Fall der Veräußerung geltenden Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574 bis 576, 579 entsprechende Anwendung[1].

Der Eigentümer ist berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen[2]. **Verzichtet der Nießbraucher auf den Nießbrauch**[1], **so ist die Kündigung erst von der Zeit an zulässig, zu welcher der Nießbrauch ohne den Verzicht erlöschen würde.**

Der Mieter oder der Pächter ist berechtigt, den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Klärung darüber aufzufordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache[2]. **Die Kündigung kann nur bis zum Ablaufe der Frist erfolgen**[3].

E I 1008 II 965; M 3 521, 522; P 3 402ff.

1. Der Nießbraucher kann das Nutzungsrecht auch in der Weise verwerten, daß er die Sache **vermietet oder verpachtet,** und zwar auch **über die Dauer des Nießbrauchs hinaus.** Das Recht des Mieters oder Pächters ist in solchem Falle, da ihm der Nießbrauch in dem durch den Vertrag begrenzten Umfang zur Ausübung überlassen ist, von dem des Nießbrauchers abhängig und muß demgemäß grundsätzlich mit Beendigung des Nießbrauchs aufhören (§ 1059 A 1). Dieser Grundsatz gilt ausnahmslos beim Nießbrauch an beweglichen Sachen und auch beim Nießbrauch an Grundstücken, wenn der Nießbraucher das Grundstück vor Beendigung des Nießbrauchs dem Mieter oder Pächter noch nicht überlassen hat. Ist aber der Besitz des Grundstücks bei der Beendigung des Nießbrauchs dem Mieter oder Pächter bereits überlassen, so ist der Grundsatz durch die Vorschriften des § 1056, die nach §§ 1423, 2135 entsprechend auch für das Nutznießungsrecht des Ehemanns und für das Nutzungsrecht des Vorerben gelten, im Interesse des Mieters oder Pächters nach zwei Richtungen hin durchbrochen. Diese gesetzliche Regelung beruht auf der Erwägung, daß sonst dem Nießbraucher die Vermietung oder Verpachtung von Grundstücken und die Vermietung von Räumen zu annehmbarem Preise sehr erschwert wäre. Daher ist einmal bestimmt, daß der **Verzicht des Nießbrauchers auf den Nießbrauch** (OLG 18, 150) — dem eine das frühere Erlöschen des Nießbrauchs herbeiführende Vereinbarung zwischen Nießbraucher und Eigentümer gleichzustellen ist — keinen Einfluß auf die Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses hat, sofern nicht etwa dem Mieter bei Begründung seines Rechts die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Verzichtleistung auf den Nießbrauch bekannt war. Ferner sind hinsichtlich der Fortdauer der Miete oder Pacht nach Beendigung des Nießbrauchs **die §§ 571 ff.** mit der Maßgabe für **entsprechend anwendbar** erklärt, daß dem Eigentümer die Kündigung mit gesetzlicher Kündigungsfrist gestattet ist. Der Eigentümer bleibt danach trotz Beendigung des Nießbrauchs schuldrechtlich verpflichtet, bis zum Ablauf des Vertrags, in den er an Stelle des Nießbrauchers hinsichtlich der Rechte und Verpflichtungen eintritt, die aus dem Vertrag folgenden Verpflichtungen (unbeschadet der fortdauernden Haftung des Nießbrauchers, falls nicht das Vertragsverhältnis mit dem Eigentümer fortgesetzt wird) zu erfüllen (§ 571). Hat der Mieter oder Pächter dem Nießbraucher für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet, so tritt der Eigentümer in die dadurch begründeten Rechte ein; zur Rückgewähr der Sicherheit ist er nur verpflichtet, wenn ihm die Sicherheit ausgehändigt wird oder wenn er dem Nießbraucher gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt (§ 572). Anderseits gebühren ihm als Entgelt hierfür, und zwar aus selbständigem, nicht vom Nießbraucher abgeleiteten Recht, die nach dem Vertrag dem Vermieter zu gewährenden Leistungen. Es ist nur eine Ausnahmevorschrift, daß der Eigentümer die Vorausentrichtung des Mietzinses einschließlich der Aufrechnung durch den Mieter (§ 575) und die Vorausverfügung über die Mietzinsforderung sich in gewissem Umfang gefallen lassen muß (§§ 573 Satz 1, 574). § 573 Satz 2, der nur von dem Erwerber spricht, ist auf den Eigentümer nicht anwendbar. Seine etwaige Kenntnis von der Vorausverfügung des Nießbrauchers hat hier nicht die Bedeutung einer Einwilligung. Für den Fall, daß das vermietete oder verpachtete Grundstück nach der Beendigung des Nießbrauchs von dem Eigentümer veräußert oder belastet wird, findet § 579 Anwendung. In Ansehung der Rechte und Verpflichtungen aus dem Miet- oder Pachtverhältnisse gilt also dasselbe, als wenn der Eigentümer den Miet- oder Pachtvertrag geschlossen hätte. Zeigt der Nießbraucher dem Mieter oder Pächter an, daß der Nießbrauch beendigt sei, so muß er in Ansehung der Miet- oder Pachtzinsforderung die angezeigte Beendigung des Nießbrauchs dem Mieter oder Pächter gegenüber gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt ist (§ 576).

2. Die nach A 1 ihm zustehende **Kündigung mit gesetzlicher Kündigungsfrist** braucht der Eigentümer nicht sogleich nach Beendigung des Nießbrauchs zu erklären. Er kann von dem Kündigungsrecht noch später Gebrauch machen. Da es hiernach ungewiß ist, wie lange das Miet- oder Pachtverhältnis noch fortbesteht, so kann der Mieter dem Eigentümer eine **angemessene Frist zur Ausübung des Kündigungsrechts setzen.** Die Frist ist so zu bemessen, daß dem Eigentümer Zeit bleibt, sich über die in Betracht kommenden Verhältnisse, die ihm die Ausübung des Kündigungsrechts rätlich erscheinen lassen, zu unterrichten. Die Kündigungserklärung muß in diesem Falle vor Ablauf der Frist dem Mieter zugehen, widrigenfalls das Kündigungsrecht dem Eigentümer verlorengegangen ist.

3. Ist der in A 1 bezeichnete **Miet- oder Pachtvertrag mit Beitritt des Eigentümers** geschlossen, so bleibt dieser an den Vertrag auch nach Beendigung des Nießbrauchs gebunden. Im Zweifel ist aber nicht anzunehmen, daß damit der Eigentümer die nach Abschluß des Vertrags von dem Nießbraucher getroffenen Vorausverfügungen über den Mietzins und die Aufrechnung durch den Mieter über die in §§ 573 Satz 1, 574, 575 (A 1) festgesetzten Grenzen hinaus gegen sich gelten lassen will. In gleicher Weise sind die Verpflichtungen des Eigentümers zu bestimmen, wenn er nachträglich durch Schuldübernahme die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag übernommen hat.

§ 1057

Die Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache sowie die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten [1]. Die Vorschriften des § 558 Abs 2, 3 [1]) finden entsprechende Anwendung [2].

E II 966; P 3 407.

1. Die **sechsmonatige Verjährung** der schuldrechtlichen **Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache** sowie der **Ansprüche des Nießbrauchers aus Verwendungen** (§ 1049) gilt auch bei einem in das Grundbuch eingetragenen Nießbrauch an einem Grundstück unter Ausschluß der Anwendung des § 902 Abs 1 Satz 1. In diese Verjährungsfrist fallen auch Ansprüche des Eigentümers, die sich auf unerlaubte Handlung oder auf ein Zuwiderhandeln gegen die besonderen Pflichten des Nießbrauchers gründen (§§ 1036ff., 1050, 1053ff.), aber nicht der Ersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Rückgabe der Sache (RG Warn 08, 320). Die sechsmonatige Frist beginnt nach dem **entsprechend anzuwendenden § 558 Abs 2** für den Eigentümer mit dem Zeitpunkt, in dem der Nießbraucher das zur Rückgewähr der Sache Erforderliche getan hat, so daß es lediglich von dem Belieben des Eigentümers abhängt, den Besitz zu übernehmen. Für den Nießbraucher, der sich im Besitz der Sache befindet oder doch befunden hat und deshalb über seine Verwendungsansprüche unterrichtet sein kann, beginnt die Frist bereits mit der Beendigung des Nießbrauchs. Sind die Voraussetzungen dieser kurzen Verjährung nicht gegeben, so verbleibt es bei der 30jährigen Verjährung. Doch verjähren die **Ersatzansprüche des Eigentümers zugleich mit dem Hauptanspruch auf Rückgabe der Sache** (§ 558 Abs 3). Eine Unterbrechung der Verjährung des Hauptanspruchs hat zugleich die Unterbrechung der Verjährung des Nebenanspruchs zur Folge.

2. Die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen aus auftragsloser Geschäftsführung (§§ 677ff.) und die Schadensersatzansprüche des Eigentümers wegen Beschädigung oder Veränderung der Nießbrauchsache (§§ 1036ff.) können schon **vor Beendigung des Nießbrauchs** geltend gemacht werden. Die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche ist aber in der Zeit vor Beendigung des Nießbrauchs insofern beschränkt, als der Nießbraucher verlangen kann, daß der dem Eigentümer zufallende Schadensersatz zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist (§ 1065 A 2).

§ 1058

Im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer gilt zugunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigentümer [1]), es sei denn, daß der Nießbraucher weiß [1]), daß der Besteller nicht Eigentümer ist [2]).

E II 967; P 3 457, 492ff.; 4 592, 596, 609.

1. Die Gutgläubigkeit des Nießbrauchers ist nicht bloß von Bedeutung für die Entstehung des dinglichen Nießbrauchsrechts (§§ 892, 1032, 930—936), sondern auch, wenn der gute Glaube des Nießbrauchers zur Entstehung des Nießbrauchsrechts geführt hat, für das mit dem Nießbrauch verknüpfte Schuldverhältnis. **Solange** ihm das **Nichteigentum des Nießbrauchsbestellers unbekannt** ist, ist **der Nießbraucher** (die rechtswirksame Entstehung des Nießbrauchs vorausgesetzt) **berechtigt, den Besteller als Eigentümer anzusehen.** Er darf die Verpflichtungen aus dem Nießbrauchsverhältnis mit befreiender Wirkung durch Leistung an den Besteller erfüllen, insbesondere die Nießbrauchsache nach beendetem Nießbrauch an den Besteller zurückgeben. Die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, die hinsichtlich des Nießbrauchs zwischen dem gutgläubigen Nießbraucher und dem Besteller getroffen sind, binden insofern auch den Eigentümer, als dieser die aus der Vereinbarung folgende Minderung seiner Eigentumsbefugnisse sich gefallen lassen muß. Dagegen hat die Vereinbarung nicht die Wirkung, daß der Eigentümer über die Pflicht zur Duldung hinaus zu Leistungen genötigt werden kann (str.). Ähnlich verhält es sich mit einem zwischen dem Nießbraucher, der zur Zeit der Rechtshängigkeit gutgläubig gewesen ist, und dem Besteller geführten Rechtsstreit. Die Rechtshängigkeit des Streites und das ergangene Urteil ist mit der vorerwähnten Beschränkung auch gegen den Eigentümer wirksam. Die persönliche Haftung des Bestellers wird übrigens dadurch, daß der Eigentümer das Rechtsgeschäft oder die Prozeßführung gegen sich gelten lassen muß, nicht unbedingt beseitigt. Sie bleibt insoweit bestehen, als die Erfüllung der den Eigentümer treffenden Verpflichtungen von diesem nicht zu erlangen ist. Der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen (§ 1049 A 1) ist dem Eigentümer gegenüber schon dann begründet, wenn das Eingreifen des Nießbrauchers zwar nicht dem Interesse und Willen des Eigentümers, wohl aber dem des Bestellers entsprochen hat. Dem Eigentümer verbleibt das Recht, wenn eine von dem Nießbraucher an den Besteller gemachte

Leistung ihm gegenüber wirksam ist, gemäß § 816 von dem Besteller und, falls dieser die ihm zu machende Leistung erlassen hat, gemäß § 816 Abs 1 Satz 2 von dem Nießbraucher Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung zu fordern. Ausgeschlossen wird die Gutgläubigkeit nur durch die **bestimmte Kenntnis** des Nießbrauchers, **daß der Besteller nicht der Eigentümer ist,** nicht schon dadurch, daß die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht, auch nicht dadurch, daß der Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Der § 1058 findet Anwendung auch dann, wenn der Besteller der Eigentümer war, später aber die Sache einem anderen übereignet hat, ohne daß die Veräußerung dem Nießbraucher bekanntgeworden ist. Neben § 1058 bleibt die besondere Vorschrift des § 893 für den Nießbrauch an Grundstücken bestehen. Ist der Nießbraucher nicht gutgläubig, so wird er durch Erfüllung der Vertragspflichten an den Besteller von den Verpflichtungen aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zu dem Eigentümer nicht befreit.

2. Die Bestimmung des § 1058 ist nur zugunsten des Nießbrauchers gegeben, **nicht zugunsten des Eigentümers.** Eine andere Frage ist es, ob eine Vereinbarung zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller nicht dem Eigentümer zugute kommt. Dies ist zu bejahen, wenn die Vereinbarung in dem Sinne getroffen ist, daß das Rechtsverhältnis gegenüber dem Eigentümer hat geregelt werden sollen (§ 328). Sind in der Vereinbarung Bestimmungen sowohl zugunsten als auch zu Lasten des Eigentümers enthalten, so kann dieser natürlich die Rechte nur in Anspruch nehmen, wenn er zugleich den Verpflichtungen sich unterwirft.

§ 1059

Der Nießbrauch ist nicht übertragbar [1]). Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem anderen überlassen werden [2]).

E I 1011—1013 II 968; M 3 535ff.; P 3 407ff.; 6 264.

1. Der Nießbrauch ist derart an die Person des Nießbrauchers gebunden, daß er **nicht** einem andern **übertragen** werden kann. Ausgeschlossen ist damit auch die Übertragbarkeit des Rechts auf Bestellung des Nießbrauchs (str.; a. M. OLG 1, 18). Durch die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs ist nach §§ 1069 Abs 2, 1274 Abs 2 auch die Belastung des Nießbrauchs mit einem Nießbrauch oder mit einem Pfandrecht ausgeschlossen (KGJ 40, 254; 48, 213). Verpfändet kann nur werden das Recht zur Ausübung des Nießbrauchs (A 2). Ein weitergehendes Recht kann nach § 857 Abs 3 ZPO auch durch Pfändung des Nießbrauchs nicht erlangt werden. Der Pfändungsgläubiger hat demgemäß auch seinerseits die Verpflichtungen des Nießbrauchers hinsichtlich der Verwendung der Nutzungen zu erfüllen; ihm kommt also nur der verbleibende Überschuß zugute (RG 56, 390f.). Die Zwangsvollstreckung kann nach § 857 Abs 4 ZPO in der Weise erfolgen, daß eine Verwaltung angeordnet wird. Die Pfändung der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstück kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden (KGJ 48, 212). In **RG** 74, 79 wird allerdings bei der Pfändung eines Hypothekennießbrauchs die Eintragung des mit der Pfändung verbundenen Veräußerungsverbots für zulässig erklärt. Diese Auffassung ist aber nicht zu billigen, da der Pfändungsbeschluß das Veräußerungsverbot mit der Pfändung zu einer untrennbaren Einheit zusammenfaßt. Eine Zwangsvollstreckung ist auch in die einzelnen dem Nießbraucher zustehenden Nutzungen nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen zulässig. Das von dem Pfändungsgläubiger erworbene Pfandrecht kann durch Verzicht des Nießbrauchers auf den Nießbrauch nicht beseitigt werden. Über Pfändung des Nießbrauchs an einer Hypothek vgl. § 1069 A 2. Dem Konkurse des Nießbrauchers ist zwar nicht der Nießbrauch selbst, wohl aber nach §§ 851 Abs 1, 857 Abs 3 ZPO, § 1 KO seine Ausübung unterworfen.

2. Nur die **Ausübung des Nießbrauchs kann einem andern überlassen werden.** Für den Überlassungsvertrag ist keine besondere Form vorgeschrieben. In dem Recht zur Überlassung der Ausübung kann der Nießbraucher nicht durch einen mit dem Eigentümer geschlossenen Vertrag dinglich beschränkt werden. Die Bestimmung des § 399 ist hier nicht anwendbar. Geht die Vereinbarung auf Übertragung des Nießbrauchs, so wird es regelmäßig dem Willen der Parteien entsprechen, daß der Nießbrauch der Ausübung nach übertragen werden soll. Die Vereinbarung ist dann also aus diesem Gesichtspunkt gemäß § 140 aufrechtzuerhalten (**RG** JW 1910, 801[8]). Die Überlassung der Ausübung kann allgemein oder unter Ausschaltung einzelner Nutzungen (§ 1030 Abs 2), unentgeltlich oder entgeltlich erfolgen. Sie darf aber nicht dahin aufgefaßt werden, daß dem Ausübungsberechtigten lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Gestattung der Ausübung gegen den Nießbraucher zustände. Der Ausübungsberechtigte ist vielmehr, falls er nicht lediglich als Beauftragter des Nießbrauchers die Verwaltung zu führen hat (**RG** Warn 1913 Nr 421), der zur Ausübung des Nutzungsrechts unwiderruflich ermächtigte Vertreter des Nießbrauchers. Im Zweifel ist also auch anzunehmen, daß die aus dem Nießbrauch entspringenden einzelnen Befugnisse, soweit ihre Übertragbarkeit nicht beschränkt ist (Recht zur Ziehung der Nutzungen, zur Vermietung und Verpachtung, zur Geltendmachung der hieraus entspringenden Rechte gegen Dritte, zur Kündigung und Einziehung der Forderung usw.), dem Ausübungs-

berechtigten zu eigenem Recht übertragen sind (RG 101, 5; JW 1912, 870[29]; Gruch 56, 975; Warn 1912, 344; KGJ 48, 212). Die Miet- und Pachtzinsen selbst gehen, falls dies nicht in klarer Weise zum Ausdruck gebracht ist, durch die Überlassung der Nießbrauchsausübung auf den Ausübungsberechtigten nicht über, sondern nur die Ermächtigung zu ihrer Einziehung (RG 101, 5; § 1031 A 2). Durch die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs werden dem Ausübungsberechtigten die Rechte nur in der Weise übertragen, daß er auch die dem Nießbraucher obliegenden Pflichten, insbesondere die hinsichtlich der Verwendung der Nutzungen übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen hat. Die Überlassung darf, da der Nießbrauch selbst auf den Ausübungsberechtigten nicht übergeht, in das Grundbuch nicht eingetragen werden (bestr.; KGJ 40, 254; 48 A 212; JFG 1, 411). Die dennoch erfolgte Eintragung steht nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach § 892 (OLG 18, 152). Das Ausübungsrecht erlischt mit dem Erlöschen des Nießbrauchs. Es erlischt auch dadurch, daß der Nießbraucher auf sein Recht verzichtet (str.; vgl. für gemeines Recht RG 16, 110). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur zu machen zugunsten des Ausübungsberechtigten, dem der Besitz des Nießbrauchsgrundstücks als Mieter oder Pächter überlassen ist (§ 1056 Abs 2). Denn dadurch ist ein besonderes Rechtsverhältnis begründet worden. Der Eigentümer kann, wenn durch rechtsverletzendes Verhalten des Ausübungsberechtigten in sein Eigentumsrecht eingegriffen wird, sowohl den Ausübungsberechtigten selbst in Anspruch nehmen als auch den Nießbraucher verantwortlich machen, der für dessen Verschulden nach § 278 haftbar ist. Durch Vertrag mit dem Ausübungsberechtigten kann der Nießbraucher von dieser Haftung nicht entbunden werden. Der Ausübungsberechtigte hat bei der Benutzung der Sache die gleichen Pflichten dem Eigentümer gegenüber zu erfüllen, wie sie dem Nießbraucher obliegen. Unter den Voraussetzungen des § 1053 kann der Eigentümer gegen ihn auf Unterlassung klagen. Sicherheitsleistung kann er dagegen gemäß § 1051 nur von dem Nießbraucher, nicht von dem Ausübungsberechtigten verlangen. Gegen diesen kann er eine Sicherung nur im Wege der einstweiligen Verfügung sich verschaffen. Das dem Ausübungsberechtigten zustehende Recht ist vererblich und übertragbar.

§ 1060

Trifft ein Nießbrauch mit einem anderen Nießbrauch oder mit einem sonstigen Nutzungsrecht an der Sache dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so findet die Vorschrift des § 1024 Anwendung [1]).

E I 976 II 969; M 3 486, 487, 499; P 3 387.

1. Der zeitlich früher entstandene Nießbrauch hat den Vorrang vor den später entstandenen dinglichen Nutzungsrechten (Nießbrauch, persönliche Dienstbarkeit, Grunddienstbarkeit, Erbbaurecht). Der vorgehende Berechtigte braucht sich durch den nachstehenden keine Beschränkungen auferlegen zu lassen. Ist **der Rang mehrerer dinglicher Nutzungsrechte**, der sich bei Nutzungsrechten an Grundstücken durch die Zeit der Eintragung im Grundbuch bestimmt (§§ 873, 879), **der gleiche**, so muß bei Widerstreit der Rechte jeder Beteiligte **gemäß § 1024** sich eine **verhältnismäßige Einschränkung** seiner Befugnisse inhaltlich oder zeitlich gefallen lassen. Er kann verlangen, daß hierüber eine allgemeine Regelung stattfindet, und kann demgemäß gegen die übrigen Beteiligten auf Erteilung der Zustimmung zu der von ihm vorgeschlagenen Regelung klagen. — Wird zu gleichen Rechten eine Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) und ein zur Tilgung dieser Hypothek bestimmter Nießbrauch eingetragen, so ist bei einem Widerstreit dieser Rechte der Hypothek der Vorzug zuzuerkennen. Der Teilabtretungsempfänger der Hypothek ist berechtigt, die Zwangsverwaltung des Grundstücks zu beantragen, obgleich die Ausübung des dem Abtretenden verbleibenden Nießbrauchs durch die Zwangsverwaltung gehindert wird.

§ 1061

Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers [1]). Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu [2]), so erlischt er mit dieser [3]).

E I 1014 II 970; M 3 530, 531; P 3 410ff.

1. **Der Nießbrauch erlischt** nach der zwingenden Vorschrift des § 1061 **mit dem Tode des Nießbrauchers.** Er ist somit unvererblich. Der Eigentümer kann aber die schuldrechtliche Verpflichtung eingehen, den Erben des Nießbrauchers einen neuen Nießbrauch zu bestellen. Ist der Nießbrauch an einem Grundstück für mehrere Berechtigte je zu einem Bruchteil bestellt, so erlischt mit dem Tode des einen der Nießbrauch zu dessen Bruchteil. Der Eigentümer kann aber in Höhe des Bruchteils einen neuen Nießbrauch bestellen (KGJ 49, 191). Die Todeserklärung begründet nach § 18 nur die Vermutung des Todes. Sie hat daher das Erlöschen des Nießbrauchs nicht zur Folge, wenn der Nachweis der Unrichtigkeit des Todeserklärung geführt wird.

2. Steht der **Nießbrauch einer juristischen Person** zu, so dauert er bis zum Erlöschen der juristischen Person fort. Man hat eine solche Regelung, obwohl durch sie die dauernde Trennung des Nutzungsrechts von dem Eigentum herbeigeführt wird, für zulässig gehalten, weil der Nießbrauch einer juristischen Person nur ausnahmsweise unter besonders gearteten Verhältnissen vorkommen wird. Die juristische Person erlischt mit der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit. Doch bleibt die Rechtsfähigkeit der juristischen Person, wenn eine Liquidation stattfindet (§ 47), in beschränkter Weise bestehen, soweit es für die Zwecke der Liquidation erforderlich ist. Hieraus darf gefolgert werden, daß auch der Nießbrauch erst mit Beendigung der Liquidation untergeht (bestr.). Wird das Vermögen einer nießbrauchberechtigten Aktiengesellschaft als Ganzes auf eine andere Aktiengesellschaft ohne Liquidation übertragen (§ 306 HGB), so erlischt der Nießbrauch nicht. Denn die berechtigte Aktiengesellschaft erfährt nur eine Umwandlung; sie wird ein Teil der übernehmenden Aktiengesellschaft, die den Nießbrauch weiter ausüben kann (str.; JFG 3, 337; § 1090 A 7; a. M. RG 123, 294 in einer Nebenbemerkung; KGJ 51, 262). Keine Anwendung findet § 1061 aus ähnlichem Grunde auf den in § 24 des PrVolksschulunterhG v. 28. 7. 06 geregelten Fall, daß an Stelle einer aufgehobenen Schulsozietät der Schulverband tritt. Denn hier handelt es sich nur um eine Änderung der Verwaltungseinrichtung, durch welche der mit der Schule verbundene Nießbrauch nicht verlorengeht (RG Gruch 56, 1161). Als juristische Personen im Sinne des § 1061 sind auch solche Gesellschaften anzusehen, die zwar nicht juristische Personen im eigentlichen Rechtssinne sind, aber unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können, also namentlich die offene Handelsgesellschaft. Für sie kann ein Nießbrauch bestellt werden (RG 16, 1). Ist dies geschehen, so wird auch anzunehmen sein, daß der Nießbrauch mit der Auflösung der Gesellschaft, also mit dem Erlöschen des Berechtigten, endigt. Denn daß nach der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft der Nießbrauch den bisherigen Gesellschaftern nach Bruchteilen zustehen und erst mit dem Tode der bei der Auflösung vorhandenen Mitglieder erlöschen sollte, erscheint schon als dem Willen der Nießbrauchbesteller zuwiderlaufend ausgeschlossen (str.). Ist der Nießbrauch einem nichtrechtsfähigen Verein zugewendet, so sind zwar die Mitglieder als Berechtigte anzuerkennen. Die Zuwendung wird aber in diesem Falle regelmäßig in dem Sinne erfolgt sein, daß den Mitgliedern der Nießbrauch nur in ihrer Eigenschaft als Vereinsmitgliedern und nur so lange zukommen soll, als der Verein die satzungsmäßigen Zwecke betätigt. Das Erlöschen des Nießbrauchs wird demgemäß nicht bloß bei Auflösung des Vereins, sondern auch dann anzunehmen sein, wenn der Verein wesentlich andere Zwecke verfolgt.

3. Die **Beendigung des Nießbrauchs** wird **außerdem** kraft rechtsgeschäftlicher Vereinbarung eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung (§ 1030 A 2) mit deren Eintritt oder durch eine vereinbarungsgemäß zulässige Kündigung herbeigeführt. Stirbt der Nießbraucher vor Eintritt des Endtermins oder der Bedingung, so endigt der Nießbrauch schon mit dem Tode. Ferner erlischt der Nießbrauch durch rechtsgeschäftliche Aufhebung (§§ 875, 876, 1062, 1064), bei beweglichen Sachen durch Konsolidation (§ 1063), durch Pfandverkauf nach § 1242 Abs 2 und durch gutgläubigen Erwerb des Eigentums der belasteten Sache nach § 936, weiter durch Untergang (nicht schon Umgestaltung) der Sache und Enteignung. Ist der Nießbrauch zur Tilgung einer Schuld bestellt (§ 1030 A 6), so hat der Eigentümer, sobald die Schuld aus den Einkünften getilgt ist oder getilgt sein konnte, einen Anspruch auf Aufhebung des Nießbrauchs. Es kann aber auch (als Bedingung) vereinbart werden, daß der Nießbrauch mit der Tilgung der Schuld ohne weiteres erlischt. Dieser Vereinbarung kann bei einem Nießbrauch am Grundstück durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirkung beigelegt werden. Über die Beendigung des Nießbrauchs durch Vereinigung mit dem Eigentum: § 1063. Ein beim Inkrafttreten des BGB bestehender Nießbrauch erlischt gemäß Art 184 EG nach den Vorschriften des alten Rechts (RG Gruch 56, 1161).

§ 1062

Wird der Nießbrauch an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so erstreckt sich die Aufhebung im Zweifel auf den Nießbrauch an dem Zubehöre [1]).

E II 971; P 3 412.

1. Wie die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück auch die Zubehörstücke ergreift (§ 1031 A 3), so hat die **rechtsgeschäftliche Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstück** (§ 1064 A 2) zugleich die Beendigung des Nießbrauchs an den **Zubehörstücken** zur Folge. Es bedarf also nicht mehr der für die Aufhebung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen in § 1064 vorgeschriebenen Form. Vorausgesetzt ist, daß der Wille des Nießbrauchers darauf gerichtet ist, den Nießbrauch auch an den Zubehörstücken aufzuheben; dieser Wille ist im Zweifel als vorhanden anzunehmen. — Unter Aufhebung im Sinne des Art 189 EG, der hierfür die fortdauernde Geltung des bisherigen Rechts bestimmt, ist nicht nur die rechtsgeschäftliche, sondern auch die gesetzliche Aufhebung zu verstehen (RG Warn 1916 Nr 19).

§ 1063

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache erlischt, wenn er mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft [1]).

Der Nießbrauch gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs [2]) hat [3]).

E I 1016 Abs 1 II 972; M 3 531; P 3 412; 6 390.

1. Der Nießbrauch an einem Grundstück erlischt grundsätzlich nicht durch **Vereinigung mit dem Eigentum** am Grundstück (§ 889). Vereinigt sich dagegen der Nießbrauch und das Eigentum an einer **beweglichen Sache** — was wegen der Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit des Nießbrauchs nur in der Weise vorkommen kann, daß der Nießbraucher das Eigentum erwirbt —, so geht der Nießbrauch als besonderes Recht unter.

2. Der **Nießbrauch gilt** jedoch **nicht als** durch Konsolidation **erloschen**, falls der Eigentümer hierdurch einen Nachteil erleiden würde und deshalb **an dem Fortbestehen des Nießbrauchs ein rechtliches Interesse hat.** Dies ist der Fall, wenn die bewegliche Sache noch mit einem weiteren im Range gleich- oder nachstehenden Nießbrauch belastet ist. Besteht an der Sache ein weiterer im Range vorgehender Nießbrauch, so hat der Eigentümer an der Erhaltung seines eigenen Nießbrauchsrechts kein Interesse. Anders ist es, wenn der fremde Nießbrauch im Range gleichsteht, da dann nach § 1060 eine verhältnismäßige Beschränkung der beiden Nutzungsrechte eintritt, oder wenn der fremde Nießbrauch im Range nachsteht, da die Verwirklichung dieses Nießbrauchs durch den im Range vorgehenden Nießbrauch des Eigentümers gehindert wird. Ist die Sache außer dem Nießbrauch mit einem Pfandrecht belastet, so ist ebenso der Eigentümer an dem Fortbestehen des Nießbrauchs interessiert, wenn das Pfandrecht dem Nießbrauch nachsteht oder gleichsteht (vgl. über letzteren Fall auch § 1060 A 1). Denn der Pfandgläubiger kann die Versteigerung der Sache nur in der Weise bewirken, daß der dem Pfandrecht im Range vorgehende Nießbrauch bestehen bleibt (§ 1242 Abs 2 Satz 2). Hat der Nießbrauch gleichen Rang, so erlischt er zwar, wenn die Sache auf Antrag des Pfandgläubigers zur Versteigerung gebracht ist. Der gleiche Rang bleibt aber insofern von Bedeutung, als an Stelle der Sache gemäß § 1247 Satz 2 die Haftung des Erlöses tritt.

3. Die Vorschrift des § 1063 findet nach § 1072 auch bei dem Nießbrauch an Rechten Anwendung.

§ 1064

Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Nießbrauchers [1]) gegenüber dem Eigentümer oder dem Besteller, daß er den Nießbrauch aufgebe [2]).

E I 1016 Abs 2 II 973; M 3 531, 532; P 3 412, 457; 4 592, 593, 595, 596, 608, 609.

1. Zur **Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft** ist nicht die Rückgabe der Sache, auch nicht (wie zur Aufgabe des Eigentums: § 959) die Besitzaufgabe erforderlich. Vielmehr **genügt die einseitige Erklärung des Nießbrauchers** gegenüber dem Eigentümer, **daß er den Nießbrauch aufgebe,** um die Rechte des Nießbrauchs zu beendigen und den Nießbraucher von späteren Verpflichtungen zu befreien. Die Erklärung kann mit Wirkung gegen den Eigentümer auch gegenüber dem Besteller abgegeben werden, selbst wenn der Nießbraucher weiß, daß jener nicht der Eigentümer ist. Besteht auch das durch den Nießbrauch begründete Schuldverhältnis nur zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher, so darf doch der Nießbraucher bei der Aufgabe des Nießbrauchs sich an denjenigen wenden, von welchem er den Nießbrauch erhalten hat. Auf die Rückgabe der Sache, die eine stillschweigende Aufgabeerklärung enthalten kann, ist dieser Rechtssatz nicht auszudehnen. Die Rückgabe kann, soweit die Bestimmung des § 1058 nicht eingreift, wirksam nur an den Eigentümer erfolgen.

2. Zur **Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstück** ist nach § 875 die Aufgabeerklärung gegenüber dem Beteiligten („zu dessen Gunsten sie erfolgt": § 1071 A 2) oder dem Grundbuchamt und die Löschung im Grundbuch erforderlich.

§ 1065

Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften [1]) entsprechende Anwendung [2]).

E I 1017 II 974; M 3 532, 533; P 3 412, 413.

1. Nach den bei **Beeinträchtigung des Rechts des Nießbrauchers** entsprechend anzuwendenden

für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften steht dem Nießbraucher bei Vorenthaltung der Nießbrauchsache gegen den Besitzer der Anspruch auf Herausgabe nach §§ 985ff. und bei sonstiger Beeinträchtigung gegen den Störer der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung nach § 1004 zu. Ist die Nießbrauchsache auf das Grundstück eines Dritten gelangt, ohne daß dieser die Sache in Besitz genommen hat, so hat der Nießbraucher nach §§ 1005, 867 den Anspruch auf Duldung der Aufsuchung und Wegnahme. Der Nießbraucher ist außerdem dadurch geschützt, daß ihm als Besitzer der Besitzschutz (§§ 861, 862) zustatten kommt und daß er die Klage aus dem besseren Recht zum Besitz hat (§§ 1006, 1007). Die Vermutung des § 1006 Abs 2 kommt auch dem Nießbraucher zugute. Was den Herausgabeanspruch betrifft, so kann der Nießbraucher diesen Anspruch selbständig neben dem Eigentümer geltend machen. Der Eigentümer darf den Klagantrag nur dahin richten, daß der Besitz dem Nießbraucher eingeräumt wird (§ 986 A 3). Auf Herausgabe der Nutzungen, die für die Vergangenheit dem Nießbraucher zugekommen sein würden, oder Ersatz ihres Wertes hat natürlich nur der Nießbraucher Anspruch. Der Nießbraucher kann auch die Ansprüche wegen der von dem beklagten Besitzer im Übermaß gezogenen Früchte geltend machen, da er ihren Wert erst nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zu erstatten hat (§ 1039). Der Klage des Nießbrauchers gegenüber hat der Besitzer dieselben Einreden, die ihm gegen die Klage des Eigentümers gegeben sind. Da aber der Nießbraucher eine sein dingliches Recht schmälernde Verfügung des Eigentümers nicht anzuerkennen braucht, kann auch der Besitzer dem Nießbraucher Einreden aus einer solchen Verfügung nicht entgegenhalten. Ersatz von Verwendungen gemäß § 994 Abs 2 aus Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Besitzer von dem Nießbraucher nur fordern, wenn die Übernahme der Geschäftsbesorgung dem Interesse und Willen des Nießbrauchers entspricht (§§ 683, 679).

2. Besteht die Beeinträchtigung des Nießbrauchs in einer unerlaubten Handlung, so kann der Nießbraucher Schadensersatz nach §§ 823, 826 beanspruchen. Zur Klage auf Schadensersatz wegen Zerstörung oder verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache ist der Nießbraucher insoweit befugt, als er durch den Schaden betroffen ist; im übrigen steht diese Klage dem Eigentümer zu (M 3, 509). Der Eigentümer kann nicht den vollen Schadensersatz einklagen. Ebensowenig kann der Nießbraucher, der einen selbständigen Entschädigungsanspruch hat, verlangen, daß ihm an der dem Eigentümer zufallenden Entschädigungssumme der Nießbrauch eingeräumt werde (str.). Auf Schadensersatz wegen Verschlechterung der Sache kann auch der Nießbraucher klagen. Er ist jedoch, soweit er das Geld nicht zur Wiederherstellung der Sache verwendet, verpflichtet, dem Eigentümer den Betrag nach Beendigung des Nießbrauchs zu erstatten und unter Umständen schon vorher hierfür Sicherheit zu leisten (§ 1067). Hat der Eigentümer den Schadensersatz erhalten, so hat er ihn auf Verlangen des Nießbrauchers zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden (§§ 1039, 1046). Schadensersatz wegen Entziehung der Nutzungen (die auch durch Verletzung eines Urheberrechts oder gewerblichen Schutzrechts herbeigeführt sein kann) hat der Nießbraucher selbständig zu beanspruchen, desgleichen Schadensersatz wegen Verzugs.

§ 1066

Besteht ein Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der Nießbraucher die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben [1]).

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann nur von dem Miteigentümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich verlangt werden [2]).

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Nießbraucher der Nießbrauch an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten [3]).

E I 985 II 975; M 3 497ff.; P 3 387; 4 597, 598.

1. Der **Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers** (§ 1030 A 1) ist Sachnießbrauch, nicht Rechtsnießbrauch. Das ist für die Bestellung des Nießbrauchs, für die Pfändung usw. wichtig. Da die Sache nicht ganz, sondern nur mit dem Anteil des Miteigentümers dem Nießbrauch unterliegt, so kann der Nießbraucher das Benutzungsrecht und das damit verbundene Recht der Einwirkung auf die Nießbrauchsache nur innerhalb der Grenzen ausüben, die dem mit dem Nießbrauch belasteten Miteigentümer durch das Gemeinschaftsverhältnis gezogen sind. Er ist deshalb an die vor Bestellung des Nießbrauchs über die Benutzung und Verwaltung von den Miteigentümern mit Stimmenmehrheit gefaßten Beschlüsse (§ 746) gebunden, auch wenn er hiervon bei Entstehung seines Rechts keine Kenntnis gehabt hat. Die **Rechte des Miteigentums hinsichtlich der Verwaltung** und **der Art der Benutzung** (§§ 743—745) werden von dem Nießbraucher wahrgenommen. Dieser hat demgemäß bei der Beschlußfassung aus § 745

an Stelle des Miteigentümers mitzuwirken und kann, solange ein solcher Beschluß nicht gefaßt ist, die Zustimmung der übrigen Miteigentümer zu der von ihm vorgeschlagenen angemessenen Regelung verlangen. Handelt es sich aber um eine Umgestaltung oder wesentliche Veränderung der gemeinschaftlichen Sache (§§ 1037, 745 Abs 3) oder um eine sonstige die Grenzen des Nutzungsrechts überschreitende Maßnahme, so bedarf der Nießbraucher, der hierin willigen will, der Zustimmung des Miteigentümers (str.). Die Kosten einer gemeinschaftlichen Benutzung und Verwaltung fallen als Kosten des Betriebs (§ 1047 A 1) dem Nießbraucher anteilig zur Last (str.). Besteht ein Nießbrauch an einem nicht durch das Miteigentum gebildeten Bruchteil an einer Sache, so übt der Nießbraucher die gleichen Rechte aus, als wenn hinsichtlich dieses Bruchteils ein Miteigentum bestände.

2. Der Miteigentümer, dessen Anteil mit dem Nießbrauchsrecht belastet ist, kann durch seine Verfügungen das Recht des Nießbrauchers nicht schmälern. Er kann dies auch nicht dadurch tun, daß er durch Stellung des Antrags auf **Aufhebung der Gemeinschaft** eine Umwandlung des Gegenstandes des Nießbrauchs herbeiführt. Zur Stellung dieses Antrags ist daher der **Miteigentümer nur in Gemeinschaft mit dem Nießbraucher** befugt. Ebenso kann der von anderer Seite ausgehende Antrag nur gegen den Miteigentümer und den Nießbraucher gemeinschaftlich gerichtet werden. In dem Teilungsverfahren ist der Nießbraucher als Partei mit zuzuziehen. Ohne seine Zustimmung kann hinsichtlich der Teilung eine rechtswirksame Verfügung von dem Miteigentümer nicht getroffen werden. Sowohl der Miteigentümer als auch der Nießbraucher kann die Zustimmung des anderen Teiles zu dem Antrag auf Aufhebung der Gemeinschaft und zu der Teilung verlangen, wenn diese Maßnahme den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.

3. Auf die **bei der Auseinandersetzung** dem Miteigentümer **zugeteilten Gegenstände** geht der Nießbrauch nicht ohne weiteres kraft Gesetzes über (str.; KGJ 43, 268), sondern der Nießbraucher hat, wie aus dem Worte „gebührt" sich ergibt, nur ein Recht auf Bestellung des Nießbrauchs an den Gegenständen. Der Nießbraucher ist aber dadurch gesichert, daß ohne seine Zuziehung die zugeteilten Gegenstände dem Miteigentümer nicht übereignet werden können (§ 1089 A 1 a. E.).

§ 1067

Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen [1]; nach der Beendigung des Nießbrauchs hat er dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten [2]. Sowohl der Besteller als der Nießbraucher kann den Wert auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen [2].

Der Besteller kann Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet ist [3].

E I 1018—1020 II 976; M 3 533ff.; P 3 413.

1. Bei **verbrauchbaren beweglichen Sachen**, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder der Veräußerung besteht (§ 92 Abs 1), ist dem Nießbraucher, damit er diesen Gebrauch machen kann, das **Eigentum mit der Verpflichtung zur Wertererstattung** bei Beendigung des Nießbrauchs eingeräumt (uneigentlicher Nießbrauch im Sinne des gem. Rechts). Den Parteien ist es gestattet, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung eine andere Regelung zu treffen. Dies kann in der Weise geschehen, daß der Nießbraucher (ähnlich wie beim ehemännlichen und elterlichen Nutznießungsrecht nach §§ 1376 Nr 1, 1653) nicht das Eigentum, sondern nur das Verfügungsrecht erlangt. Eine solche Regelung wird trotz der Vorschrift des § 1067 bei dem Nießbrauch an einem zum Umsatz bestimmten Warenlager meist dem Parteiwillen entsprechen. Der Nießbraucher ist zur ordnungsmäßigen Verfügung berechtigt, ohne durch die Vorschriften der §§ 1036 Abs 2, 1037 beschränkt zu sein. Er ist dazu auch dem Nießbrauchbesteller gegenüber verpflichtet (über den Nießbrauch am Erwerbsgeschäft § 1085 A 2). Das Verfügungsrecht bildet zusammen mit dem Nießbrauch ein einheitliches Recht, das auch gegenüber der Konkursmasse des Eigentümers wirksam bleibt. Die Verfügungsbefugnis des Eigentümers wird durch den Verfügungsnießbrauch — abweichend von der Verfügungsnutznießung des Ehemannes (§§ 1395ff.) — nicht beschränkt. Das Eigentum der Nießbrauchsache verbleibt dem bisherigen Eigentümer so lange, bis der Nießbraucher auf Grund seines Verfügungsrechts die Sache veräußert oder verbraucht hat (§ 700 Abs 1 Satz 2). Die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Sicherheitsleistung bestimmt sich in diesem Falle nach § 1067 Abs 2. Wird ein Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen ersessen, so tritt die Rechtswirkung des § 1067 Abs 1 ein, ohne daß der Wille des Ersitzenden gerade auf Erlangung des Eigentums gerichtet zu sein braucht (bestr.).

2. Abgesehen von der besonderen Regelung hinsichtlich des Eigentumsübergangs (A 1) bleiben für den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, namentlich in Ansehung der Erlöschungsgründe, die

allgemeinen Grundsätze maßgebend. Die **Verpflichtung zum Ersatz des Wertes** nach Beendigung des Nießbrauchs ist jedoch, da der Nießbraucher selbst Eigentümer geworden ist, nicht dem Eigentümer, sondern **dem Besteller gegenüber zu erfüllen.** Auch im übrigen besteht das durch diesen Nießbrauch begründete Schuldverhältnis nur zwischen dem Nießbraucher und dem Nießbrauchbesteller, nicht zwischen dem Nießbraucher und dem zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs vorhanden gewesenen Eigentümer. Wenn ein Nießbrauch infolge Gutgläubigkeit des Nießbrauchers rechtswirksam entstanden (§ 1032 A 1) und so das Eigentum an den verbrauchten Sachen auf den Nießbraucher übergegangen ist, so ist der frühere Eigentümer der Sachen darauf beschränkt, Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 816 Abs 1 Satz 1 von dem Nießbrauchbesteller als dem verfügenden Nichtberechtigten und gemäß § 816 Abs 1 Satz 2 von dem Nießbraucher, der den Nießbrauch unentgeltlich erworben hat, zu verlangen. — Für den nach Beendigung des Nießbrauchs zu leistenden Wertersatz ist maßgebend der **Wert,** den die Sache **zur Zeit des Übergangs des Eigentums auf den Nießbraucher** gehabt hat. Bei dem durch Ersitzung erworbenen Nießbrauch tritt der Erwerb erst mit Vollendung der Ersitzung ein. Daher wird es hier auf den Wert zu dieser Zeit (unbeschadet einer aus anderen Gründen sich ergebenden Schadensersatzpflicht), nicht zur Zeit des Beginns der Ersitzung ankommen. Vollzieht sich der Eigentumsübergang erst mit dem Verbrauch oder der Veräußerung der Sache (A 1), so ist dieser Zeitpunkt entscheidend. Bei der Wichtigkeit der Feststellung des Wertes für die Rückgabepflicht ist die Bestimmung des § 1034 dahin erweitert, daß bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen sowohl der Nießbraucher als auch der Besteller auf **Feststellung des Wertes durch Sachverständige** antragen kann (§ 1034 A 1).

3. Als Ersatz für die in der Fortdauer des Eigentums liegende Sicherheit, die durch den Eigentumsübergang auf den Nießbraucher verlorengeht, ist dem **Besteller** — nicht dem bisherigen Eigentümer (A 2) — das Recht eingeräumt, **bei Gefährdung des Anspruchs** auf späteren Ersatz des Wertes **Sicherheitsleistung** zu fordern. Die Gefährdung braucht nicht in dem Maße vorhanden zu sein, daß sie zur Begründung eines Arrestantrags ausreichen würde. Es genügt, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Nießbrauchers keinerlei Sicherheit für die Erfüllung der Verpflichtung zum Wertersatz bieten. Ist ein Anspruch auf Sicherheitsleistung begründet, so kann bis zur Leistung der Sicherheit die Bestellung des Nießbrauchs zurückgehalten werden (§ 273).

II. Nießbrauch an Rechten

§ 1068

Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein [1]).

Auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1069 bis 1084 ein anderes [2]) ergibt [3]).

E I 1021 II 977; M 3 538ff.; P 3 413.

1. **Gegenstand des Nießbrauchs** kann **jedes** übertragbare (§ 1069 Abs 2) **Recht** sein, **das geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar Nutzungen zu gewähren,** namentlich Reallasten, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden. Auch das Recht auf den Erwerb einer Sache, mag es auch an eine (von dem Nießbraucher auszulegende) Gegenleistung geknüpft sein, ist hierzu insofern geeignet, als es die Möglichkeit gewährt, von der in Ausübung dieses Rechtes zum Nießbrauch erworbenen Sache (§ 1075 A 1) Nutzungen zu ziehen. Unzulässig aber ist ein Nießbrauch an einem Vorkaufsrecht, auch wenn es nach § 514 ausnahmsweise übertragbar ist. Denn das Vorkaufsrecht kann keine Nutzungen gewähren; der Nießbraucher könnte den Eintritt in den das Vorkaufsrecht auslösenden Kaufvertrag weder für sich noch für den Vorkaufsberechtigten herbeiführen (str.). Über das weitere Erfordernis der Abtretbarkeit des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts: § 1069 A 2. Dem Rechtsnießbrauch unterliegen nicht bloß Forderungen, die gegen eine bestimmte Person gehen, sondern auch Anteilsrechte (vgl. indes A 3) und gegen jeden Dritten wirksame Untersagungsrechte (absolute Rechte), wie Urheberrecht, Patentrecht usw. Der Nießbrauch an dem Miteigentum einer Sache aber ist nach § 1066 entsprechend dem Nießbrauch am Eigentumsrecht als Sachnießbrauch, nicht als Rechtsnießbrauch zu behandeln, ebenso der Nießbrauch an einem Erbbaurecht (§ 1017) und den nach Landesrecht den Grundstücken gleichstehenden Berechtigungen. Auch der Nießbrauch an dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache stellt sich nicht als Rechtsnießbrauch, sondern als Sachnießbrauch dar. Besonders geregelt ist der Nießbrauch an einer Leibrente (§ 1073), an einer Forderung im allgemeinen (§§ 1074, 1075), an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung (§§ 1076—1079), an einer Grund- oder Rentenschuld (§ 1080), an Inhaber- oder Orderpapieren (§§ 1081—1084).

2. Kraft der **dinglichen Natur des Nießbrauchs** ist das Recht dem Nießbrauch unmittelbar mit der Wirkung unterworfen, daß jede weitere den Nießbrauch beeinträchtigende Berechtigung

ausgeschlossen ist. Der dingliche Nießbrauch an einem Recht unterscheidet sich hiernach wesentlich von dem schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung des Nießbrauchs an dem Recht. **Abweichungen von den Vorschriften über den Sachnießbrauch** ergeben sich hauptsächlich daraus, daß die Bestimmungen über Abtretung eines Rechts auf die Gestaltung des Nießbrauchs einwirken (§§ 1069, 1070) und daß der Nießbraucher, um die Nutzungen des Rechts zu ziehen, in erhöhtem Maße eines Verfügungsrechts bedarf (§§ 1074, 1077—1079, 1082, 1083). Die dem Nießbraucher gebührenden Zinsen gehen mit der Bestellung des Nießbrauchs oder der späteren Entstehung der Zinsenforderung auf ihn über (§ 1039 A 3). Das Recht des Nießbrauchers auf den Gewinnanteil entsteht bei der Aktiengesellschaft durch den die Verteilung festsetzenden Beschluß der Generalversammlung (A 3). Gewährt das mit dem Nießbrauch belastete dingliche Recht (z. B. Bergwerkseigentum, Erbpacht) die Befugnis zur Gewinnung natürlicher Früchte, so erwirbt der Nießbraucher das Eigentum an den Früchten mit der Trennung. Bei dem Nießbrauch an einem Pachtrecht kann der Nießbraucher nicht günstiger stehen als der Pächter. Daher vollzieht sich hier der Eigentumserwerb gemäß § 956 in dem Zeitpunkt der Trennung, wenn der Besitz der Sache dem Nießbraucher überlassen ist, sonst mit der Besitzergreifung (vgl. auch § 1039 A 3). Die Pflicht zur Zahlung der als Gegenleistung für die Nutzung fortlaufend zu entrichtenden Pacht wird nach dem Vertragswillen regelmäßig dem Nießbraucher obliegen. Der Nießbrauch an einem Recht erstreckt sich auch auf die Schadensersatzforderung, die dem Gläubiger gegen den Schuldner aus Nichterfüllung seiner Verpflichtungen erwächst. Der Besitz der über das Recht ausgestellten Schuldurkunde gebührt dem Nießbraucher. Werden Aktien mit Gewinnanteilschein von dem Eigentümer verkauft, so kann der dem Verkauf zustimmende Nießbraucher (neben den Stückzinsen) den nach Schätzung der Börse in dem Kurswert mitenthaltenen Gewinnanteil für das laufende Jahr beanspruchen (**RG** JW 1913, 193[1]). Wegen des Besitzes an Inhaberpapieren § 1081 A 2.

3. Über den praktisch sehr wichtigen Nießbrauch an Aktien sind weder im BGB noch im HGB besondere Bestimmungen getroffen. Unter entsprechender Anwendung des § 1066 wird anzunehmen sein, daß regelmäßig der Nießbraucher im Interesse seines Nutzungsrechts die Rechte des Aktionärs bei der Verwaltung wahrzunehmen und deshalb insoweit Anspruch auf Ausübung des Stimmrechts hat. Handelt es sich aber um grundlegende Änderungen, die das Interesse des Eigentümers wesentlich berühren, so kann dieser verlangen, daß der Nießbraucher die Stimme nach seinen Weisungen abgibt oder daß ihm selbst die Ausübung des Stimmrechts überlassen wird. Entstehen Zweifel über die Grenzen des Stimmrechts, so wird nicht anders verfahren werden können, als daß der Nießbraucher nur mit Zustimmung des Eigentümers, der Eigentümer nur mit Zustimmung des Nießbrauchers zur Ausübung des Stimmrechts zugelassen wird (bestr.; **RG** JW 1916, 409[11] erkennt bei einer G. m. b. H. das Stimmrecht des Nießbrauchers an). Die Anfechtung von gesetz- oder satzungswidrigen Generalversammlungsbeschlüssen ist nicht bloß dem Nießbraucher zu gestatten, sondern auch dem Eigentümer, soweit seine Interessen hierdurch berührt werden. Das mit der Aktie verbundene Bezugsrecht auf Übernahme neuer Aktien stellt keine Frucht des Mitgliedsrechts dar, steht also dem Eigentümer zu (str.). Will dieser hiervon keinen Gebrauch machen, so muß er dem Nießbraucher die Ausübung des Bezugsrechts für eigene Rechnung überlassen. Wird an Stelle einer Erhöhung des zu verteilenden Gewinns den Anteilseignern eine Kapitalerhöhung in Form einer Gratisaktie gewährt, so kann der Nießbraucher verlangen, daß sein Nießbrauch auch hierauf erstreckt wird (LZ 1914, 368). Der in LZ 1921, 729 ff. vertretenen Ansicht, daß die von dem Eigentümer bezogene neue Aktie dem für die alten Aktien bestehenden Nießbrauch unterliege, kann nur für den Fall zugestimmt werden, daß der Nießbrauch nicht nur die einzelne Aktie, sondern das ganze Vermögen, dessen Bestandteil die Aktie ist, ergreift. Die Zahlung des Aktienkapitals, auch des bei der Auseinandersetzung auf die Aktie entfallenden Anteils (str.), kann nur an den Eigentümer und Nießbraucher gemeinschaftlich erfolgen (§ 1077). Auf den Nießbrauch an Kuxen werden die gleichen Grundsätze anzuwenden sein. Für die Inhaberaktie gelten Besonderheiten (§§ 1081 ff.). Abgesehen von Aktiengesellschaften und den ihnen in verschiedener Hinsicht verwandten Gesellschaften m. b. H. kann der Nießbrauch als dingliches Recht an einem Gesellschaftsanteil nach § 717 (s. aber auch § 719 A 2) der Regel nach nicht bestellt werden.

§ 1069

Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften [1]).

An einem Rechte, das nicht übertragbar ist, kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden [2]).

E I 1022, 1023 Satz 1 II 978; M 3 540, 541; P 3 413 ff.

1. Durch die **Bestellung des Nießbrauchs an einem Recht** werden die Befugnisse des Gläubigers teilweise, nämlich in dem zur Ausübung des Nutzungsrechts erforderlichen Umfang, auf den Nießbraucher übertragen. Dem entspricht es, daß für die Bestellung des Nießbrauchs **die gleichen**

Vorschriften wie für die Übertragung des Rechtes gelten. Soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, genügt also nach §§ 398, 413 zur Bestellung des Nießbrauchs der Abschluß eines formlosen Vertrags. Bei einem Orderpapier oder Wechsel bedarf es nach § 365 HGB, Art 9ff. WO des Indossaments (Nießbrauchsindossaments) oder der Abtretung unter Aushändigung dieser Urkunden, bei einem Recht am Grundstück nach § 873 außer der Einigung der Parteien über die Bestellung des Nießbrauchs der Eintragung im Grundbuch. Bei einer Briefhypothek (Grundschuld, Rentenschuld) ist nach §§ 1154, 1192, 1199 schriftliche Bestellungserklärung (die durch Eintragung in das Grundbuch ersetzt werden kann) und Übergabe des Hypothekenbriefs (Grundschuldbriefs) erforderlich. In der Bestellungserklärung muß zum Ausdruck kommen, daß dem Erwerber der Nießbrauch (Frucht-, Zinsgenuß) zustehen soll (OLG 26, 86; 44, 58). Eine Abtretungserklärung steht nicht gleich (OLG 12, 130). Die Übergabe des Briefs kann durch Übertragung des Besitzes von Hand zu Hand oder durch Besitzübereinkunft (§ 930) erfolgen. Sie kann auch durch eine dem § 1117 Abs 2 entsprechende Vereinbarung über die Aushändigung des Briefs durch das Grundbuchamt ersetzt werden. Der bloße Vorbehalt des Nießbrauchs an der im übrigen abgetretenen Hypothek genügt nicht zur Übertragung des mittelbaren Besitzes am Hypothekenbrief auf den Abtretungsempfänger. Die Einigung muß darauf gerichtet sein, daß der Abtretende den Brief nur noch als Nießbraucher im Besitz behält. Eine darauf gerichtete Einigung kann aber auch aus den Umständen entnommen werden (RG 27. 10. 1919 IV 252/19). Ist die Hypothek vereinbarungsgemäß von vornherein als eine mit dem Nießbrauch belastete eingetragen, so ist zur Entstehung des Nießbrauchs nur erforderlich, daß der Gläubiger den ihm erteilten Hypothekenbrief gemäß §§ 1154, 1117 dem Nießbraucher übergibt (RG 10. 2. 1912 V 394/11, teilw. in Warn 1912 Nr 160). Der Fall, daß der Nießbrauch an einer Hypothek für den Hypothekengläubiger selbst bestellt wird, indem er die Hypothek an einen andern abtritt, aber den Zinsgenuß sich vorbehält, ist im § 1158 A 3 erörtert. Zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Kux ist wie zur Übertragung des Kuxes die schriftliche Form erforderlich (§ 105 des AllgBergG v. 24. 6. 1865). Eine auf § 1081 beruhende Ausnahme ist es, daß zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Inhaberpapier oder einem mit Blankoindossament versehenen Orderpapier nicht wie zur Übertragung der Forderung die Übergabe der Urkunde zu Alleinbesitz (§ 365 HGB, Art 11 WO), sondern nur die Einräumung des Mitbesitzes erfordert wird. Für den Nießbrauch an Staatsschuldbuchforderungen ist durch Art 97 EG die Geltung der landesgesetzlichen Vorschriften vorbehalten. Nach dem Ges. v. 31. 5. 1910 § 11 erlangt der Nießbrauch an Reichsschuldbuchforderungen dem Reiche gegenüber nur durch Eintragung im Reichsschuldbuch Wirksamkeit.

2. Aus der grundsätzlichen Auffassung, daß die Bestellung des Nießbrauchs eine teilweise Übertragung der Gläubigerrechte enthält, ergibt sich weiter, daß der **Nießbrauch** an einem Recht nur dann und nur **insoweit zulässig** ist, **als dieses Recht übertragbar** ist. Beschränkungen der Übertragbarkeit ergeben sich z. B. aus den §§ 399, 400, 514, 613 Abs 2, 664 Abs 2, 717, 847, 1092, 1098, 1103 Abs 1, 1300, 1408, 1427 Abs 2 Satz 3, 1585 Abs 1 Satz 2, 1623, 1658. An einer Grunddienstbarkeit und einer mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Reallast (§ 1105 Abs 2) kann ein vom Nießbrauch am Grundstück getrennter Nießbrauch nicht bestellt werden. Denn diese Rechte sind von dem Eigentum am Grundstück nicht trennbar. Kann nicht das Recht selbst, wohl aber die Ausübung übertragen werden, so ist zwar nicht die Bestellung eines dinglich wirkenden Nießbrauchs, wohl aber die Bestellung eines ähnlichen Nutzungsrechts zulässig, das nicht bloß schuldrechtliche Wirkung hat und dessen Bestehen von dem Fortbestand des nur der Ausübung nach übertragbaren Rechts abhängig ist. Nur mit dieser beschränkten Wirkung ist die Bestellung des Nießbrauchs an einem Nießbrauch (§ 1059) möglich. Über die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten: § 1059 A 1. Das in dem Anspruch auf künftige Zinsen bestehende Zinsgenußrecht kann (ebenso wie die bereits fällig gewordenen Zinsbeträge) von der Hauptforderung getrennt werden (RG 74, 78). Die Pfändung eines solchen Zinsgenußrechts und die Bestellung eines auf den Bezug der Zinsen beschränkten Nießbrauchsrechts (Einziehung des Kapitals nur mit Zustimmung des Nießbrauchers: §§ 1077ff.) ist daher zulässig. Wird der Nießbrauch an einer Briefhypothek gepfändet, so würde zwar von dem Standpunkt aus, daß wegen der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs nur die Ausübung gepfändet werden kann, an sich zur Pfändung nach § 857 Abs 2 ZPO nur die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Hypothekengläubiger und den Nießbraucher nötig sein. Zur vollen Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung, namentlich zum Schutz gegen Löschung des Nießbrauchs, bedarf es aber noch der Eintragung in das Grundbuch. Zu diesem Zweck kann der pfändende Gläubiger die Herausgabe des Hypothekenbriefs fordern (RG 74, 85). Über die Grenzen der Zulässigkeit des Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil: § 1068 A 3. An einem gewerblichen Unternehmen ist ein Nießbrauch nicht zulässig (RG 95, 235).

§ 1070

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Nießbrauchs, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Nieß-

braucher und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Übertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten [1].

Wird die Ausübung des Nießbrauchs nach § 1052 einem Verwalter übertragen, so ist die Übertragung dem Verpflichteten gegenüber erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird. Das gleiche gilt von der Aufhebung der Verwaltung [2].

E I 1023 Satz 1 II 979; M 3 540, 541; P 3 414, 415; 5 126.

1. Im Einklang mit dem Grundsatz, daß die Bestellung des Nießbrauchs eine teilweise Übertragung der Gläubigerrechte enthält (§ 1069 A 1, 2), kommen beim Nießbrauch an einem **Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann** (z. B. Reallasten, Hypothekenforderungen, Grundschulden), auf das **Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Verpflichteten die für die Abtretung geltenden Vorschriften** zur entsprechenden Anwendung. Diese Vorschriften sind für Forderungen die §§ 404—411. Die Rechtslage des Schuldners soll durch die Bestellung des Nießbrauchs ebensowenig eine Verschlechterung erfahren wie durch die Übertragung des Rechts. Er kann deshalb dem Nießbraucher alle Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Nießbrauchsbestellung gegen den Gläubiger begründet waren (§ 404). Solange er von dem Nießbrauch keine Kenntnis hat, haben die von ihm mit dem Gläubiger geschlossenen Rechtsgeschäfte oder dem Gläubiger gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen geradeso Wirksamkeit, als ob dieser durch den Nießbrauch nicht beschränkt wäre (§ 407). Der Schuldner darf von dem Nießbraucher einen Berechtigungsausweis verlangen (§ 410) und sich auf die von dem Gläubiger über die Bestellung des Nießbrauchs ihm gemachte Anzeige unbedingt verlassen (§ 409). Diese Vorschriften gelten für alle Rechte auf Leistung oder Unterlassung, bei denen dem Gläubiger ein bestimmter Schuldner gegenübersteht, im Gegensatz zu den gegen jeden Dritten wirksamen Untersagungsrechten (§ 1068 A 1). Keine Anwendung finden die Bestimmungen der §§ 406—408 (über die Zulässigkeit der Aufrechnung und der Vornahme von Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäften mit dem bisherigen Gläubiger) auf Hypotheken oder Grundschulden, soweit es sich nicht um Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen oder um Kosten handelt (§§ 1156, 1159, 1192). Auch bei Reallasten und Rentenschulden sind diese Bestimmungen nur anwendbar für die zu entrichtenden einzelnen Leistungen (§§ 1107, 1200). Die gegenüber dem Orderpapier und dem Inhaberpapier eintretende Beschränkung der Einwendungen (§ 364 HGB, § 796 BGB) kommt auch dem durch Indossament oder durch Besitz des Inhaberpapiers legitimierten Nießbraucher zugute.

2. Ist die **Ausübung des Nießbrauchs** auf Grund des § 1052 **einem Verwalter übertragen,** so erhält dieser kraft der Zwangsvollstreckungsgewalt ein selbständiges Recht zur Ausübung des Nießbrauchs und steht daher in gewisser Hinsicht einem Nießbraucher gleich. Die Übertragung der Verwaltung wird mithin beim Nießbrauch an Forderungen, falls der Beschluß dem Schuldner nicht zugestellt ist, diesem gegenüber nach §§ 406, 407 erst wirksam, wenn er von der Anordnung der Verwaltung **Kenntnis erlangt** hat, und bleibt so lange wirksam, bis er von der Aufhebung der Verwaltung Kenntnis hat. Ist der Beschluß dem Schuldner prozeßordnungsgemäß zugestellt, so kommt es nicht darauf an, ob der Beschluß wirklich zur Kenntnis des Schuldners gekommen ist. Sobald die Zustellung einmal erfolgt ist, kann sich der Schuldner nicht mehr auf guten Glauben berufen (**RG** 87, 417; Warn 1921 Nr 92).

§ 1071

Ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden [1]. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt [2]; sie ist unwiderruflich [3]. Die Vorschrift des § 876 Satz 3 bleibt unberührt [4].

Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechtes, sofern sie den Nießbrauch beeinträchtigt [1].

E I 1024 II 980; M 3 541; P 3 415, 416; 6 245.

1. In der Dinglichkeit des Nießbrauchs ist es begründet, daß ohne Zustimmung des Nießbrauchers sein Recht durch Verfügungen des Gläubigers über das dem Nießbrauch unterliegende Recht nicht geschmälert werden kann. Eine Übertragung oder Belastung des Rechts, an dem der Nießbrauch besteht, ist zwar zulässig, läßt aber das Recht des Nießbrauchers unberührt. Desgleichen ist die **Aufhebung des Rechtes** ohne **Zustimmung des Nießbrauchers** diesem gegenüber ohne Wirkung (A 2). Aus der Ausdrucksweise in Satz 1 könnte zwar geschlossen werden, daß die

mangelnde Zustimmung des Nießbrauchers das Fortbestehen des mit dem Nießbrauch belasteten Rechts zur Folge habe. Dies kann jedoch nur angenommen werden für das Verhältnis zum Nießbraucher (str.). Die Rechte und Pflichten aus dem Nießbrauch dauern trotz des Ausscheidens der Person des Gläubigers zwischen Nießbraucher und Schuldner in derselben Weise fort, als wenn das Recht des Gläubigers nicht untergegangen wäre. Nicht ausgeschlossen wird durch § 1071 das Recht des Schuldners, seine Verbindlichkeit durch Aufrechnung zur Tilgung zu bringen. Auf die Zulässigkeit der Aufrechnung wirkt das Bestehen des Nießbrauchs nur insofern ein, als der Schuldner nicht eine Gegenforderung zur Aufrechnung verwenden kann, die er erst nach Erlangung der Kenntnis von der Nießbrauchsbestellung erworben hat oder die erst später als die mit dem Nießbrauch belastete Forderung fällig geworden ist (§ 406). Ebenso wie die Aufhebung ist auch jede **dem Nießbraucher nachteilige Änderung** des Rechts, die ohne seine Zustimmung vorgenommen ist, ihm gegenüber ohne Wirkung. Über das Recht zur Einziehung der Forderung s. § 1074 A 1.

2. Die **Zustimmung** (Einwilligung oder Genehmigung: §§ 183, 184) des Nießbrauchers zur Aufhebung ist **gegenüber dem Begünstigten** zu erklären. Sie ist ein selbständiges Rechtsgeschäft, ein wesentliches Erfordernis der Aufhebung (KGJ 40, 163; OLG 44, 58). Sie kann nicht bloß gegenüber dem Gläubiger erklärt werden, sondern auch gegenüber dem Schuldner oder dem sonstigen Beteiligten (z. B. einem nachfolgenden Gläubiger), der durch die Aufhebung einen Vorteil hat. Darin, daß die Aufhebung einer dieser Personen erklärt wird, liegt zugleich die Willensäußerung, daß die Erklärung zu ihren Gunsten erfolgt. Es erübrigt sich damit eine besondere Untersuchung, ob der Erklärende auch wirklich den Vorteil dessen im Auge hat, dem gegenüber die Erklärung abgegeben wird.

3. Die **Unwiderruflichkeit** der Zustimmung ist auch sonst im Gebiet des Sachenrechts die Regel (§§ 876 Satz 3, 880 Abs 2 Satz 3, 1255 Abs 2 Satz 2).

4. Ist das mit dem Nießbrauch belastete Recht im Grundbuch eingetragen, so ergibt sich bereits aus § 876, daß zur Aufhebung des Rechts oder zur Änderung seines Inhalts die Zustimmung des Nießbrauchers notwendig ist. Die Bestimmung in Abs 1 Satz 3, wonach **die Vorschrift des § 876 Satz 3 unberührt bleibt,** hält also gegenüber Abs 1 Satz 2 den Grundsatz aufrecht, daß für diesen Fall die Zustimmung auch dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden kann.

§ 1072

Die Beendigung des Nießbrauchs tritt nach den Vorschriften der §§ 1063 [1]), 1064 [2]) auch dann ein, wenn das dem Nießbrauch unterliegende Recht nicht ein Recht an einer beweglichen Sache ist.

E I 1025 II 981; M 3 541, 542; P 3 416.

1. Vgl. § 1063 A 1. Der Nießbrauch an einem Recht **erlischt** — mit der in § 1063 Abs 2 bezeichneten Ausnahme — bei der **Vereinigung des Nießbrauchs mit dem Gläubigerrecht.** Wegen der Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit des Nießbrauchs kann diese Vereinigung nur dadurch eintreten, daß der Nießbraucher das Recht erwirbt. Der Erlöschungsgrund gilt dann aber **auch für das im Grundbuch eingetragene Recht,** so daß § 889 hier keine Anwendung findet. Wenn der Schuldner zugleich den Nießbrauch erlangt, so tritt das Erlöschen des Nießbrauchs nicht ein. Dadurch wird auch der Bestand der dem Nießbrauch unterworfenen Forderung nicht berührt (KGJ 52, 183). Der Nießbraucher-Schuldner kann zwar als Einziehungsberechtigter an sich selbst leisten, ist aber dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, daß dieser das Eigentum an der Sache oder das Recht, auf dessen Erwerb die Forderung des Gläubigers geht, in einer äußerlich zutage tretenden Weise erwirbt (Besitzübergabe durch Erklärung an den Gläubiger, die Sache für ihn als Nießbraucher zu besitzen, Eintragung des Grundstücks auf den Namen des Gläubigers, Abtretungsanzeige). Eine solche Verpflichtung besteht an sich nicht, wenn der zu leistende Gegenstand eine verbrauchbare Sache ist, da hier der Nießbraucher selbst Eigentümer wird (§ 1075 Abs 2). Da aber der nach § 1067 zu ersetzende Wert sich nach der Zeit der Leistung bestimmt, so muß der Nießbraucher dem Gläubiger Anzeige machen und kann sich auf die Einziehung nicht berufen, wenn er zu jener Zeit nicht im Besitz der verbrauchbaren Sache war. Vereinigt sich der dem Nießbrauch unterworfene Anspruch mit der Verpflichtung daraus in einer Person (beerbt z. B. der Gläubiger den Schuldner oder umgekehrt), so werden dadurch die Rechte des Nießbrauchers nicht berührt (KGJ 44, 292), auch nicht, soweit ein mit der Forderung verbundenes Zinsrecht Gegenstand des Nießbrauchs ist (RJA 14, 215).

2. Nach der für anwendbar erklärten **Vorschrift des § 1064** ist zur rechtsgeschäftlichen **Aufhebung des Nießbrauchs** an einem Recht die einseitige Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Gläubiger oder Besteller erforderlich, daß er den Nießbrauch aufgebe. Das gilt **auch in dem Falle,** daß das **Recht im Grundbuch eingetragen ist.** Der § 875 (vgl. § 1064 A 2) findet hier keine Anwendung; insbesondere ist Löschung im Grundbuch nicht erforderlich. Die Aufhebung des Nießbrauchs hat zur Folge, daß die Löschung im Grundbuch nunmehr im Wege des Berichtigungsverfahrens (§ 894) verlangt werden kann.

§ 1073

Dem Nießbraucher einer Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen Rechtes gebühren die einzelnen Leistungen [1]), die auf Grund des Rechtes gefordert werden können [2]).

E I 1027 II 982; M 3 542ff.; P 3 417, 418.

1. Zu den Früchten, die dem Nießbraucher gebühren, gehören nach § 99 Abs 2 alle Erträge, die das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt, ohne Rücksicht darauf, ob durch den Bezug dieser Erträge das Recht selbst erschöpft wird. Dieser Grundsatz findet, wie in § 1073 besonders ausgesprochen ist, auch Anwendung auf **wiederkehrende Leistungen,** die der Gläubiger auf Grund eines dinglichen Rechts oder eines Schuldverhältnisses für Lebenszeit zu beziehen hat: **Leibrente, Auszug** (Art 96 EG), aber auch **ähnliche Rechte,** soweit sie nach § 1069 Abs 2 überhaupt mit einem Nießbrauch belastet werden können (z. B. Reallasten, Rentenschulden). Die Begrenzung des Leibrentenbegriffs (§§ 759ff.) in **RG** 67, 207ff. ist deshalb für die Anwendung des § 1073 ohne Bedeutung. Unter § 1073 fallen auch solche wiederkehrenden Leistungen, die nicht auf Lebenszeit, sondern für einen kürzeren Zeitraum (für die Dauer der Anstellung, der Verheiratung usw.) zu entrichten sind oder deren Entrichtung von sonstigen besonderen Voraussetzungen in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten abhängig ist. Die wiederkehrenden Leistungen stehen dem Nießbraucher als Selbstgläubiger zu. § 1073 ist nur dann nicht anwendbar, wenn ein Nießbrauch an einzelnen Hebungen in dem Sinne bestellt wird, daß jede Hebung ein besonderes für sich bestehendes Kapital darstellen soll, an dem deshalb dem Nießbraucher nur die Zinsen gebühren. In solchem Falle greifen die Bestimmungen der §§ 1074, 1075 Platz. Ob das in einer Fideikommißstiftungsurkunde für die Zeit der Jugendlichkeit des Fideikommißbesitzers seinen Geschwistern gewährte Recht auf den Bezug der einen gewissen Betrag übersteigenden Reineinkünfte des Fideikommisses als ein einer Leibrente oder einem Auszug ähnliches Recht im Sinne des § 1073 anzusehen ist, muß entschieden werden auf Grund einer wirtschaftlichen Betrachtung der Belange der Bezugsberechtigten, wie sie durch die Stiftungsurkunde gewahrt sind. Dabei ist zu prüfen, ob eine solche Betrachtung das stiftungsmäßige Recht der Bezugsberechtigten als ein die einzelnen Leistungen als Nutzungen abwerfendes Gesamtrecht erscheinen läßt oder ob sich die einzelnen von dem verpflichteten Fideikommißbesitzer aus den Einkünften seines Vermögens bewirkten Leistungen für die Bezugsberechtigten als (für sie wiederum nutzbare) Kapitalshebungen darstellen (**RG** 8. 3. 1928 IV 656/27, auszugsweise abgedruckt in HRR 1928 Nr 1417).

2. Auf die von dem Schuldner außer den Zinsen zu entrichtenden, zur allmählichen Tilgung des Kapitals bestimmten Zuschläge erstreckt sich das Recht des Nießbrauchers nicht. Anders ist es bei einer Rente, die durch Zahlung eines bestimmten Kapitals erkauft ist. Ist auch die Rente so bemessen, daß durch sie nicht bloß die Zinsen des Kapitals, sondern das Kapital selbst abgegolten wird, so ist doch die Rente eine einheitliche Leistung, bei der zwischen den zur Deckung der Zinsen und den zur Rückzahlung des Kapitals bestimmten Beträgen nicht unterschieden werden kann. Keinen Anspruch hat der Nießbraucher auf den bei Rückzahlung des Kapitals zur Zahlung kommenden Zuschlag zum Kapital (§ 1076 A 1 a. E.), auch nicht auf die Gewinne (Prämien), die auf die einzulösenden Schuldverschreibungen (Prämienpapiere) nach Maßgabe der Verlosung oder einer anderen auf Zufall gestellten Ermittlungsart verteilt werden. Ein solcher Gewinn stellt sich nicht als eine Nutzung, sondern als ein Zuwachs zum Kapital dar (§ 1083 Abs 2). Wird die Prämie als Vergütung für die Herabsetzung des Zinsfußes gewährt, so fällt sie dem Nießbraucher zu (Prot 3 429).

§ 1074

Der Nießbraucher einer Forderung ist zur Einziehung der Forderung und, wenn die Fälligkeit von einer Kündigung des Gläubigers abhängt, zur Kündigung berechtigt [1]). Er hat für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen [2]). Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist er nicht berechtigt [3]).

E I 1028 II 983; M 3 544ff.; P 3 418, 422.

1. Besteht der **Nießbrauch an einer nicht auf Zinsen ausstehenden Forderung** (§ 1076 A 1), so ist der Nießbraucher, um sie nutzbar zu machen, darauf angewiesen, die **Forderung einzuziehen.** Dieses Recht steht ihm kraft des Nießbrauchs als eigenes Recht zu. Er bedarf zu dessen Ausübung der Mitwirkung des Gläubigers nicht. Das Recht der Einziehung gibt dem Nießbraucher die Befugnis, die zur Einziehung erforderlichen Handlungen, Mahnung, **Kündigung,** Klage und sonstige prozessuale Handlungen, auch Zwangsvollstreckungshandlungen, vorzunehmen. Über die Befugnis zur Annahme der geschuldeten Leistung: § 1075 A 1. In dem Einziehungsrecht ist auch die Befugnis inbegriffen, bei einer Wahlschuld (§§ 262ff.) im Falle des Wahlrechts des Gläubigers an dessen Stelle die von dem Schuldner zu bewirkende Leistung auszuwählen, und

zwar auch dann, wenn für die mehreren Leistungen die dem Gläubiger obliegende Gegenleistung verschieden bestimmt ist (str.). Aus dem Einziehungsrecht des Nießbrauchers folgt, daß die Kündigung des Schuldners (sobald dieser von der Bestellung des Nießbrauchs Kenntnis erhalten hat: § 407) oder die bei einer Wahlschuld von ihm zu treffende und getroffene Wahl wirksam nur dem Nießbraucher, nicht dem Gläubiger, erklärt werden kann (bestr.). Da aber das Einziehungsrecht den Nießbraucher nicht zum Gläubiger macht, ist die Aufrechnung des Schuldners mit einer ihm gegen den Nießbraucher zustehenden Gegenforderung nicht zulässig (str.; **RG** 103, 28 unter Aufgabe der früher vertretenen gegenteiligen Meinung). Leistet der Schuldner an den Gläubiger, so wird er nicht befreit, wenn er bei der Leistung das Bestehen des Nießbrauchs kennt (§§ 1070 Abs 1, 407). Über die Aufrechnung des Nießbrauchers A 3. Durch das Einziehungsrecht des Nießbrauchers wird übrigens das Recht des Gläubigers, auf Leistung an den Nießbraucher zu klagen, nicht unbedingt ausgeschlossen (Prot 3, 422). Die zwischen dem Nießbraucher und dem Schuldner ergehende Entscheidung macht keine Rechtskraft gegenüber dem Gläubiger der Forderung (**RG** 83, 120). Die Einziehung hat nicht die Vernichtung des Vermögenswertes der Forderung zur Folge. Durch die Einziehung erwirbt der Nießbraucher nach § 1075 nur das Nießbrauchsrecht an dem Geleisteten. Die Vorschriften der §§ 1074 bis 1079 greifen auch dann Platz, wenn an die Stelle des Nießbrauchs an einer Sache infolge der mit Zustimmung des Nießbrauchers vorgenommenen Veräußerung der Sache der Nießbrauch an einer Forderung getreten ist. Auf das Nutznießungsrecht (§§ 1383ff., 1649ff.) finden die Vorschriften der §§ 1074ff. keine Anwendung.

2. Der Nießbraucher ist **zur Einziehung** nicht bloß berechtigt, sondern auch **verpflichtet.** Er macht sich dem Gläubiger gegenüber ersatzpflichtig, wenn er schuldhaft die rechtzeitige Einziehung unterläßt und der Gläubiger hierdurch infolge Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners, infolge Verjährung oder einer ungünstigen Veränderung der Prozeßlage (Verlust von Beweismitteln) einen Nachteil erleidet. Ein Verschulden ist schon darin zu finden, daß der Nießbraucher nicht innerhalb angemessener Zeit für die Einziehung sorgt. Auch durch die Art und Weise, wie er bei der Einziehung verfährt, kann der Nießbraucher sich dem Gläubiger verantwortlich machen.

3. Nur die Einziehung ist dem Nießbraucher gestattet, **nicht eine andere Verfügung über die Forderung.** Er ist insbesondere nicht berechtigt, die Forderung einem anderen abzutreten, um sie auf diese Weise zu Geld zu machen. Auch zu einem Erlaß oder einem Vergleich ist er nicht berechtigt, falls nicht nachweisbar die Verhältnisse so liegen, daß auch bei Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht mehr zu erreichen gewesen wäre, daß also der Teilerlaß oder Vergleich nur dazu gedient hat, dasjenige, was überhaupt zu erlangen war, ohne Weiterungen von dem Schuldner zu erhalten. Die Erteilung der Zustimmung zu einem im Konkursverfahren abzuschließenden Zwangsvergleich bleibt dem Gläubiger überlassen, der jedoch diese Zustimmung nur mit Einwilligung des Nießbrauchers erklären kann. Durch eine Stundung überschreitet der Nießbraucher — unbeschadet seiner Verantwortlichkeit bei schuldhaftem Verhalten (A 2) — seine Befugnisse nicht, wenn die Stundung sich nicht über die Zeit des Nießbrauchs hinaus erstreckt. Nicht verwehrt ist es dem Nießbraucher, mit der Forderung gegen eine dem Schuldner gegen ihn zustehende Gegenforderung aufzurechnen. Denn darin ist nur eine besondere Art der Einziehung zu erblicken (str.). Die Zulässigkeit der Aufrechnung durch den Nießbraucher wird in **RG** 103, 29 beiläufig auch von dem Reichsgericht angenommen. Hat der Nießbraucher die Forderung unzulässigerweise einem anderen verkauft, so kann der Gläubiger sich auf den Standpunkt stellen, daß er vorbehaltlich seiner Schadensersatzansprüche gegen den Nießbraucher den Verkauf genehmigt.

§ 1075

Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstande [1]).

Werden verbrauchbare Sachen geleistet, so erwirbt der Nießbraucher das Eigentum; die Vorschriften des § 1067 finden entsprechende Anwendung [2]).

E I 1029 II 984; M 3 545ff.; P 3 418ff.

1. In dem Einziehungsrecht des Nießbrauchers (§ 1074) ist es begründet, daß er ohne Mitwirkung des Gläubigers zur Annahme der geschuldeten Leistung befugt ist. Der Schuldner wird durch die **Leistung an den Nießbraucher** geradeso befreit, als wenn die Leistung an ihn und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgt wäre. Auch im übrigen wird durch die Leistung an den Nießbraucher die gleiche Rechtslage hergestellt, als wenn zugleich an den Gläubiger geleistet wäre. Geht die Forderung auf Übereignung einer beweglichen Sache, so wird durch die Übergabe der Sache an den Nießbraucher **dem Gläubiger das Eigentum erworben.** Geht die Forderung auf Verschaffung eines Rechts, so wird durch die Leistung an den Nießbraucher dem Gläubiger das

Recht erworben. Ist zum Erwerb des Rechts die Eintragung in das Grundbuch nötig, so ist der Nießbraucher befugt, die zur Eintragung erforderlichen Rechtshandlungen für den Gläubiger vorzunehmen. Der Nießbraucher ist also, wenn es sich um die Übereignung eines Grundstücks handelt, befugt, die Auflassung für den Gläubiger entgegenzunehmen und dessen Eigentumseintragung zu beantragen. Dem Grundbuchamt muß er natürlich, damit er zu diesen Erklärungen für den Eigentümer zugelassen werden kann, den grundbuchordnungsgemäßen Nachweis seines Nießbrauchs führen. Kann er dies nicht, so ist er berechtigt, die Mitwirkung des Gläubigers zu verlangen. Der Nießbraucher handelt hierbei nicht in Vertretung des Gläubigers, sondern kraft eigenen Rechts. Das Vorhandensein des guten Glaubens bestimmt sich daher nach seiner Person. Doch kommt dies dem Gläubiger, der seinerseits schlechtgläubig ist, nicht zustatten, sofern der Nießbraucher nach bestimmten Weisungen des Gläubigers zu verfahren hatte. Durch die Leistung an den **Nießbraucher erwirbt** dieser **aber auch die Sache zu Nießbrauch,** ohne daß der Gläubiger ihm den Nießbrauch daran zu bestellen braucht. Dieser Erwerb tritt vielmehr (ähnlich wie im Falle des § 1287 und des § 848 Abs 2 ZPO) kraft Gesetzes ein. Es bedarf nicht der sonst zur Bestellung des Nießbrauchs vorgeschriebenen Form (str.). Durch die Entstehung des Nießbrauchs wird das Grundbuch unrichtig. Der Nießbraucher kann deshalb gemäß § 894 die Zustimmung des als Eigentümer eingetragenen Gläubigers zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Er kann auch kraft seines Nießbrauchsrechts, dessen Bestehen er dem Grundbuchamt nachzuweisen hat, die Eintragung des Nießbrauchs im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 22 GBO) selbst beantragen. Durch die Leistung an den Gläubiger wird der Schuldner nur diesem gegenüber, nicht gegenüber dem Nießbraucher befreit (§ 1074 A 1).

2. Die Vorschrift des Abs 2 war nötig, um die Übereinstimmung mit § 1067 herzustellen. Ohne den Abs 2 würde nach der Regel des Abs 1 der Gläubiger das Eigentum erwerben. Wie bei einem **Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen** das (mit der Verpflichtung zur Erstattung des Wertes nach Beendigung des Nießbrauchs belastete) Eigentum auf den **Nießbraucher** übergeht, so **erwirbt** er in gleicher Weise **das Eigentum,** wenn der Forderungsnießbrauch in einen derartigen Sachnießbrauch sich verwandelt, mag nun die Forderung von vornherein auf Leistung verbrauchbarer Sachen gegangen sein oder erst nachträglich (z. B. weil Schadensersatz zu leisten ist oder aus anderen Gründen) diesen Inhalt angenommen haben. Nach dem **entsprechend anzuwendenden § 1067** hat der Nießbraucher nach Beendigung des Nießbrauchs dem Besteller den nach dem Zeitpunkt der Leistung sich bestimmenden Wert der Sachen zu ersetzen. Diesen Wert kann sowohl der Besteller wie der Nießbraucher auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen.

§ 1076

Ist eine auf Zinsen ausstehende Forderung Gegenstand des Nießbrauchs so gelten die Vorschriften der §§ 1077 bis 1079 [1]).

E I 1033 II 985; M 3 550, 551; P 3 423ff.

1. Das Einziehungsrecht aus §§ 1074, 1075 greift nicht Platz, wenn es sich, wie § 1076 sich ausdrückt, um eine **auf Zinsen ausstehende Forderung** handelt, nämlich um eine Forderung, die ein dauerndes fruchttragendes Vermögensstück bilden soll (M 3, 551). Unter Zinsen sind hier, obwohl der Ausdruck an sich auf Geldzinsen hindeutet, auch sonstige geldwerte Vorteile zu verstehen, die als Entgelt für die Nutzung des Kapitals in regelmäßiger Wiederkehr gewährt werden. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Verzinsungspflicht auf einem Rechtsgeschäft oder auf einer den Parteiwillen ergänzenden Gesetzesbestimmung beruht. Fälle der letzteren Art finden sich z. B. in den §§ 452, 641, 698 (Verzinsungspflicht des die Nutzungen beziehenden Käufers, Werkbestellers und des das hinterlegte Geld für sich verwendenden Verwahrers) und in den landesgesetzlichen Bestimmungen über die Verzinsung der Entschädigungssumme seit dem Tage der Enteignung. Hier ist die Anwendbarkeit der §§ 1076ff. allerdings bestritten. Unerheblich ist, ob das Kapital nach längerer oder kürzerer Zeit zurückzuzahlen ist oder ob die Rückzahlungszeit unbestimmt gelassen, insbesondere von einer vorangehenden Kündigung abhängig ist. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Zinsen unverhältnismäßig niedrig sind. Die **Vorschriften der §§ 1077—1079** werden nicht dadurch unanwendbar, daß die an sich verzinsliche Forderung vorübergehend zinslos gestundet ist. Der Nießbraucher ist aus diesem Grunde nicht etwa zur Einziehung berechtigt und kann auch nicht die Zustimmung des Gläubigers zu einer anderweiten Kapitalanlage verlangen (§ 1078 A 2). Bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung ist zwar hauptsächlich an Geldforderungen zu denken, wie auch § 1077 von „Zahlung" des Kapitals spricht. Es werden aber auch die Forderungen auf Leistung vertretbarer Sachen hiervon umfaßt. Unter § 1076 fallen endlich auch solche Forderungen, die in einem dinglichen Recht ihren Grund haben, insbesondere nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1080 Grundschulden und Rentenschulden. Auch Reallasten sind hierher zu rechnen, die nach landesgesetzlichen Bestimmungen (Art 115 EG) ablösbar sind, bei denen also die Ablösungssumme im Gegensatz zu den einzelnen dem Nießbraucher gebührenden Leistungen als das Kapital anzusehen ist. Besondere Vorschriften sind in den §§ 1081ff.

gegeben für Inhaberpapiere, mit denen ein Recht auf Zinsen oder einen Gewinnanteil verbunden ist. Gewährt die Aktie keine Nutzungen, weil die Gewinnverteilung ausgeschlossen ist (HGB § 213), so ist sie nicht geeignet, ein Gegenstand des Nießbrauchs zu sein. Wegen des Rechts auf den Besitz der Schuldurkunde § 1068 A 2 a. E. und bei Inhaberpapieren § 1081 A 2. — Die Vorschriften der §§ 1077—1079 können durch Parteivereinbarung oder Anordnung des Erblassers geändert werden (vgl. über den Nießbrauch am Handelsgeschäft § 1085 A 2). Als Wille der Parteien wird regelmäßig anzunehmen sein, daß der Nießbraucher über das zur jederzeitigen Abhebung als tägliches Geld eingezahlte Kapital gerade so verfügen darf wie über eine nicht auf Zinsen ausstehende Forderung und daß er auch die mit den Zinsen zu zahlenden Kapitaltilgungsbeträge erheben darf, obwohl sie nicht zu den ihm zustehenden Nutzungen gehören. Jedoch kann die Beschränkung auf den Zinsgenuß vereinbart werden (OLG 44, 58). Zulässig ist anderseits eine Vereinbarung, die dem Nießbraucher über die in den §§ 1077—1079 bestimmten Befugnisse hinaus das Recht der freien Verwaltung gibt, so daß es der in diesen Paragraphen geforderten Mitwirkung des Gläubigers zu Verwaltungsmaßnahmen nicht bedarf (**RG** Warn 1913, 139; KGJ 40, 275). — Dem Nießbraucher steht das Zinsrecht als Ganzes zu, nicht nur der einzelne fällige Zinsbetrag (**RG** 74, 81; KGJ 40, 142). Zusammentreffen von Nießbrauch und Zinsverpflichtung in einer Person hindert die Entstehung des Zinsrechts nicht (KGJ 52, 183; § 1072 A 1).

§ 1077

Der Schuldner kann das Kapital nur an den Nießbraucher und den Gläubiger gemeinschaftlich zahlen. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich gezahlt wird; jeder kann statt der Zahlung die Hinterlegung für beide fordern [1]).

Der Nießbraucher und der Gläubiger können nur gemeinschaftlich kündigen. Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Nießbraucher und dem Gläubiger erklärt wird [2]).

E I 1033 Abs 1, 2, 4, 5 II 986; M 3 551ff.; P 3 423ff.; 4 598.

1. Eine sowohl das Interesse des Gläubigers als auch des Nießbrauchers berührende **Verfügung über eine auf Zinsen ausstehende Forderung** (§ 1076 A 1) steht dem Gläubiger und dem Nießbraucher **nur gemeinschaftlich** zu. Beide sind daher (abweichend von der Regelung in §§ 420, 428) nur gemeinschaftlich zur Einziehung und zur **Annahme der Zahlung** berechtigt. Jeder von ihnen kann zwar die Zahlung begehren; das **Verlangen** ist aber dahin zu richten, daß die **Zahlung an beide gemeinschaftlich** erfolgt, so daß sie beide Mitbesitzer werden. Sind sie zur gemeinschaftlichen Annahme nicht bereit, so bleibt, falls der Streit nicht durch Urteil entschieden wird (§ 1078 A 1), nur der Weg der **Hinterlegung.** Dieser Weg kann von ihnen zur Beseitigung aller Schwierigkeiten auch von vornherein gewählt werden. Jeder kann statt der gemeinschaftlich zu empfangenden Zahlung (solange eine solche noch nicht stattgefunden hat) die Hinterlegung für gemeinschaftliche Rechnung verlangen. Die Hinterlegung bewirkt die Befreiung des Schuldners nach näherer Vorschrift der §§ 378, 376. Die Zuständigkeit der Hinterlegungsstelle und das Hinterlegungsverfahren bestimmen sich gemäß Artt 144, 145 EG nach den landesgesetzlichen Vorschriften (§ 1082 A 2). Zu einem Vergleich oder einer Aufrechnung ist der Nießbraucher nur mit Zustimmung des Gläubigers befugt, da er über die Forderung nur gemeinschaftlich mit dem Gläubiger verfügen kann. Der Grundsatz des § 1077 gilt auch für den Fall, daß ein Anspruch auf Schadensersatz entstanden ist. Ist eine verzinsliche Hypothekenforderung ausgefallen, so kann der Nießbraucher von dem Dritten, der den Ausfall verschuldet hat, die Zahlung des vollen Ausfalls an sich und den Gläubiger gemeinschaftlich, nicht nur die Zahlung des ihm allein entstandenen Schadens beanspruchen (**RG** 89, 432). Über eine den Nießbrauch mit dem Recht der freien Verwaltung ausstattende Vereinbarung: § 1076 A 1 a. E. Der Schuldner kann mit befreiender Wirkung nur an den Gläubiger und den Nießbraucher gemeinschaftlich oder an einen von ihnen mit Zustimmung des andern leisten, wenn er von dem Nießbrauch Kenntnis hat (§§ 407, 1070 Abs 1). Die Folge der Leistung an beide Teile ist, daß, abweichend von § 1075 Abs 2, an dem Geleisteten der Gläubiger das Eigentum, der Nießbraucher wirklichen (nicht bloß uneigentlichen) Nießbrauch erlangt. Bis zur Wiederanlegung (§ 1079) haben der Gläubiger und der Nießbraucher gemeinschaftlichen Mitbesitz an dem Geleisteten.

2. Auch die **Kündigung** kann als eine Einziehungshandlung nur **von dem Gläubiger und dem Nießbraucher gemeinschaftlich** erklärt werden. Wird von ihnen nicht gemeinschaftlich in derselben Erklärung, sondern nacheinander gekündigt, so wird die Kündigung erst wirksam, wenn die letzte Erklärung dem Schuldner zugeht (str., ob eine solche Kündigung wirkungslos ist). Zur Wirksamkeit der Kündigung ist weiter zu erfordern, daß die Gemeinschaftlichkeit der Erklärung aus der ersten oder zweiten Kündigung erhellt. Da Gläubiger und Nießbraucher nur gemeinschaftlich zur Einziehung berechtigt sind, muß auch die von dem Schuldner ausgehende Kündigung, um wirksam

zu sein, sowohl dem Gläubiger wie dem Nießbraucher zugehen. Auch hier muß dem Empfänger erkennbar sein, daß die Kündigung eine gemeinschaftliche ist. Die Mahnung dagegen kann, da hier keine Mitwirkungspflicht (§ 1078) besteht, sowohl von dem Gläubiger als auch von dem Nießbraucher selbständig erklärt werden (bestr.).

§ 1078

Ist die Forderung fällig, so sind der Nießbraucher und der Gläubiger einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken [1]). Hängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so kann jeder Teil die Mitwirkung des anderen zur Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist [2]).

E I 1033 Abs 3 II 987; M 3 553, 554; P 3 423ff.

1. Besteht der Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung, so liegt im allgemeinen weder dem Gläubiger im Verhältnis zum Nießbraucher noch — was von § 1074 abweicht — dem Nießbraucher im Verhältnis zum Gläubiger die Verpflichtung ob, für ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Von einer solchen Verpflichtung kann regelmäßig nicht die Rede sein, da jeder Teil das Recht der Einziehung hat. Er ist allerdings hierbei auf die Mitwirkung des anderen Teiles angewiesen. Daraus folgt aber nur die **gegenseitige Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Einziehung,** sobald die **Forderung fällig** ist. Die Mitwirkung ist für die Zahlungsannahme, für die Kündigung (A 2), für die Hinterlegung (§ 1082 A 1) und für die Wiederanlegung (§ 1079 A 1) erforderlich. Auf Erfüllung dieser Verpflichtung kann Klage erhoben werden. Die schuldhafte Unterlassung der geforderten Mitwirkung macht nach § 276 schadensersatzpflichtig. Wird Klage auf Mitwirkung zur Annahme der Zahlung erhoben, so ist in dem Klagantrag anzugeben, in welcher Weise die Mitwirkung erfolgen soll. Ist der Beklagte zur Einwilligung in die vom Kläger bezeichneten Handlungen verurteilt, so gilt die Einwilligung mit Rechtskraft des Urteils als erteilt (§ 894 ZPO). Die Kosten der Einziehung fallen ebenso wie bei der Einziehung einer unverzinslichen Forderung als Verwaltungskosten dem Nießbraucher zur Last. Dem Beklagten steht es frei, gegenüber der Klage auf Mitwirkung das Verlangen der Hinterlegung (§ 1077 A 1) einwandsweise oder widerklagend geltend zu machen.

2. Die **Mitwirkung zur Kündigung** kann nur gefordert werden, wenn die Einziehung **wegen Gefährdung der Sicherheit** der Forderung notwendig geworden ist, nicht auch in dem Falle, daß die Einziehung zur Erreichung höherer Zinsen oder zur Vermeidung der Ungelegenheiten aus säumiger Zinsenzahlung wünschenswert ist. Für die Frage, ob die Sicherheit gefährdet ist, kommen die Vorschriften über die sichere Anlegung von Mündelgeld nicht in Betracht. Die Klage auf Mitwirkung ist dahin zu richten, daß der Beklagte zur Einwilligung in die vom Kläger zu erklärende Kündigung zu verurteilen ist. Wegen der Zwangsvollstreckung und wegen der Schadensersatzpflicht s. A 1.

§ 1079

Der Nießbraucher und der Gläubiger sind einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß das eingezogene Kapital nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt [1]) und gleichzeitig dem Nießbraucher der Nießbrauch bestellt wird [2]). Die Art der Anlegung bestimmt der Nießbraucher [1]).

E I 1034 II 988; M 3 524, 525; P 3 423ff.

1. Die **Wiederanlegung** des eingezogenen oder hinterlegten oder vom Schuldner ausgezahlten (§ 1077 A 1) Kapitals einer auf Zinsen stehenden Forderung (§ 1076) ist dahin geregelt, daß die für die Anlegung von Mündelgeld gegebenen Vorschriften zu beachten sind (vgl. die Erl. zu §§ 1807 u. 1808). **Unter den mehreren** hiernach zulässigen **Anlegungsarten** hat der **Nießbraucher die Auswahl** zu treffen. Gleichwohl bedarf er zur Wiederanlegung der **Mitwirkung des Gläubigers,** da das eingezogene Kapital in ihren gemeinschaftlichen Besitz gelangt ist (§ 1077 A 1). Ein solcher gemeinschaftlicher Besitz liegt auch vor, wenn Gläubiger und Nießbraucher das Geld durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten in Empfang genommen oder die Aufbewahrung des Geldes einem gemeinschaftlichen Verwahrer übertragen haben. Auch wenn das Eigentum des Geldes auf den Verwahrer übergegangen ist (§ 700), steht doch die Verfügung über die Forderung auf Rückgabe des Geldes dem Gläubiger und dem Nießbraucher nur gemeinschaftlich zu. Dasselbe ist der Fall, wenn das gemäß § 1077 Abs 1 hinterlegte Geld nach Bestimmung der in den einzelnen deutschen Ländern erlassenen Hinterlegungsordnungen (vgl. §§ 7 u. 8 der PrHO v.

21. 4. 13) Eigentum des Staates wird. Ebenso bedarf der Gläubiger zur Wiederanlegung des Geldes der **Mitwirkung des Nießbrauchers.** Das folgt schon daraus, daß der Nießbraucher die Art der Anlegung zu bestimmen hat. Der Klagantrag ist darauf zu richten, daß der Nießbraucher die innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen von ihm auszuwählende Anlegung bewirkt. Genügt der Nießbraucher trotz Verurteilung dieser Verpflichtung nicht, so kann der Gläubiger zur Auswahl und Anlegung von dem Prozeßgericht ermächtigt werden (§ 887 ZPO).

2. Die Wiederanlegung erfolgt auf den Namen des Gläubigers, so daß er Gläubiger der neuen Forderung wird. Der **Nießbrauch an der neuen Forderung** wird vom Nießbraucher nicht kraft Gesetzes erlangt, sondern ist in gleicher Weise **zu bestellen,** wie er an der alten Forderung bestand. Der Nießbraucher hat bei der Anlegung mitzuwirken, hat es also in der Hand, sich den Nießbrauch schon bei der Anlegung vorzubehalten. Ist dies nicht geschehen, so kann er die nachträgliche Einräumung des Nießbrauchs von dem Gläubiger fordern.

§ 1080

Die Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung gelten auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld [1]).

E I 1035 II 989; M 3 555, 556; P 3 426, 427.

1. Ohne die Frage zu berühren, ob es sich bei der Grundschuld (§ 1191) und der Rentenschuld (§ 1199) um eine Realobligation oder lediglich um eine dingliche Belastung handelt (§ 1113 A 6), bestimmt § 1080 ausdrücklich, daß die **Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung** (§§ 1074—1079) **auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld** gelten. Das geschieht mit Rücksicht darauf, daß bei der Grundschuld und Rentenschuld eine persönliche Forderung nicht in die Erscheinung tritt. Hypotheken erwähnt § 1080 nicht, weil sie ihrem Wesen nach mit einer Forderung verbunden sind und daher der Nießbrauch an einer Hypothek ohne weiteres als Nießbrauch an einer Forderung zu gelten hat. Bei einer Grundschuld finden bezüglich der Einziehung des Kapitals, der Kündigung und der Wiederanlegung, wenn die Grundschuld verzinslich ist, die §§ 1077—1079, andernfalls die §§ 1074, 1075 Anwendung. Bei einer Rentenschuld gelten bezüglich des Ablösungskapitals (§ 1199 Abs 2) die §§ 1077—1079.

§ 1081

Ist ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist [1]), Gegenstand des Nießbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu dem Papiere gehörenden Erneuerungsscheins dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu. Der Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine steht dem Nießbraucher zu [2]).

Zur Bestellung des Nießbrauchs genügt an Stelle der Übergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes [3]).

E I 1036 Abs 1, 2, 1037 II 990; M 3 556ff.; P 3 427ff.

1. Für die **Inhaberpapiere** und die **mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere,** die, solange das Blankoindossament nicht ausgefüllt ist, wie Inhaberpapiere übertragen werden (§ 365 HGB, Artt 12, 13, 98 Abs 2 WO), sind weitere Vorschriften in den §§ 1081—1083 gegeben. Diese Vorschriften gelten nicht bloß für die in den §§ 793ff. behandelten Schuldverschreibungen auf den Inhaber, sondern auch für die Namensaktie (§ 222 HGB), für die auf einen bestimmten Zahlungsempfänger gestellten Schecks (§ 8 ScheckG) und für die in § 363 HGB aufgeführten Papiere. Sie gelten ferner auch für die nach §§ 179 Abs 2, 320 Abs 3 HGB über den Gesellschaftsanteil ausgestellten Inhaberaktien, und zwar nicht bloß für die zinsberechtigten, sondern auch für die gewinnanteilsberechtigten Papiere (§ 1076 A 1). Nicht zu den Inhaberpapieren gehören die in § 808 bezeichneten Legitimationspapiere (Sparkassenbücher usw.), die wie gewöhnliche Forderungen übertragen werden (OLG 26, 86). Die Vorschriften der §§ 1081 bis 1083 können durch Vertrag oder durch Verfügung von Todes wegen geändert werden (**RG** Warn 1908 Nr 168). Wird bestimmt, daß der Besitz allein dem Nießbraucher zustehen soll, so ist damit die Anwendbarkeit der §§ 1081 und 1082 ausgeschlossen. Über das Stimmrecht und das Bezugsrecht auf neue Aktien bei einem Nießbrauch an Aktien vgl. § 1068 A 3.

2. Die erleichterte Übertragung der Inhaberpapiere, die sich durch Übergabe der Urkunde in der Weise vollzieht, daß die mangelnde Berechtigung des Veräußerers durch den guten Glauben des Erwerbers unbedingt geheilt wird (§ 935), würde für den Gläubiger große Gefahren mit sich bringen, wenn der Besitz der Urkunde allein dem Nießbraucher überlassen würde. Deshalb ist der **Besitz des Papiers** und des zu dem Papier gehörenden **Erneuerungsscheins** (§ 805) **dem**

Gläubiger und dem Nießbraucher gemeinschaftlich zugestanden. Die Ausübung des gemeinschaftlichen Besitzes kann in der Art stattfinden, daß Gläubiger und Nießbraucher das Inhaberpapier unmittelbar im Besitz behalten (Verwahrung unter gemeinschaftlichem Verschluß usw.) oder daß sie den Besitz einem gemeinschaftlichen Bevollmächtigten, Verwahrer, Leiher usw. übertragen. Aus der Gemeinschaftlichkeit des Besitzes folgt, daß der Nießbraucher und der Eigentümer nur gemeinschaftlich die aus dem Papier geschuldete Leistung einziehen oder sonst über das Papier verfügen können. Das Recht des Schuldners, mit befreiender Wirkung an den Inhaber zu leisten, der tatsächlich sich im Alleinbesitz befindet, wird durch die Vorschrift des § 1081 nicht berührt. Dem unredlich handelnden Schuldner kann aber eine Schadensersatzpflicht nach § 826 erwachsen. Daß der Schuldner nur an den Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich leisten kann, ist in § 1081 nicht vorgeschrieben. Hinsichtlich der Kündigung verbleibt es, falls es sich nicht um die Einziehung durch den im Alleinbesitz befindlichen Inhaber handelt, bei der in § 1077 Abs 2 geforderten Gemeinschaftlichkeit. Wegen der Hinterlegung des Inhaberpapiers: § 1082 A 1. Diejenigen Urkunden, die nur für das Nutzungsrecht des Nießbrauchers von Bedeutung sind, wie die **Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine,** stehen im ausschließlichen **Besitz des Nießbrauchers.** Für die Rechte des Nießbrauchers aus gutgläubigem Erwerb des Nießbrauchs macht es übrigens keinen Unterschied aus, daß er nur Mitbesitzer, nicht Alleinbesitzer ist.

3. Wegen der **Bestellung des Nießbrauchs** s. § 1069 A 1 a. E.

§ 1082

Das Papier ist nebst dem Erneuerungsschein auf Verlangen des Nießbrauchers oder des Eigentümers bei einer Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur von dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich verlangt werden kann [1]). Der Nießbraucher kann auch Hinterlegung bei der Reichsbank, bei der Deutschen Zentralgenossenschaftskasse oder bei der Deutschen Girozentrale (Deutschen Kommunalbank) verlangen [2]).

E I 1036 Abs 2 II 991; M 3 557; P 3 427, 428; 6 93, 94.

1. Die Gemeinschaftlichkeit des Besitzes (§ 1081 A 2) wird, wenn die Parteien sich nicht anders hierüber einigen, dadurch verwirklicht, daß das **Inhaberpapier** nebst dem Erneuerungsschein (§ 805) **zur gemeinschaftlichen Verfügung des Gläubigers und Nießbrauchers hinterlegt** wird. Zur Hinterlegung bedarf der Gläubiger oder der Nießbraucher der Mitwirkung des andern Teiles, in dessen Mitbesitz das Inhaberpapier sich befindet. Durch die Hinterlegung zur gemeinschaftlichen Verfügung wird weder der Gläubiger noch der Nießbraucher gehindert, seine Rechte (oder doch, was den Nießbraucher betrifft, die Ausübung der Rechte) abzutreten. In den Besitz des Inhaberpapiers kann jedoch der eine Teil immer nur mit Zustimmung des anderen Teiles gelangen. Von der Pflicht zur Hinterlegung kann der Nießbraucher befreit werden. Eine solche Befreiung kann darin gefunden werden, daß der Nießbraucher durch Verfügung von Todes wegen von der Pflicht zur Sicherstellung entbunden ist (**RG** Recht 1911 Nr 1144).

2. Die Zuständigkeit der Hinterlegungsstelle und das Hinterlegungsverfahren sind landesgesetzlich geordnet (Artt 144, 145 EG; § 1814 A 2). Zur Hinterlegung ist in § 1082 auch die **Reichsbank** für zuständig erklärt. Die Reichsbank ist sogar insofern bevorrechtigt, als **auf Verlangen des Nießbrauchers** die Hinterlegung bei ihr erfolgen muß, falls nicht das Inhaberpapier bereits anderweit hinterlegt ist. Die Hinterlegung bei dieser Bank gewährt den Vorteil, daß nach den von ihr veröffentlichten Bedingungen die Einlösung der Zins- und Gewinnanteilscheine, die Besorgung der neuen Scheine und die Überwachung der Auslosung oder Kündigung in weiterem Umfange übernommen wird, als dies bei den staatlichen Hinterlegungsstellen zu geschehen pflegt. Die **Zentralgenossenschaftskasse** und die **Girozentrale** sind durch die Notverordnung vom 18. 3. 1933 (RGBl I S. 109) Kap. XI Art 1 als der Reichsbank gleichstehende Hinterlegungsstellen eingefügt worden. Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger und Nießbraucher zu gleichen Teilen zur Last.

§ 1083

Der Nießbraucher und der Eigentümer des Papiers sind einander verpflichtet, zur Einziehung des fälligen Kapitals, zur Beschaffung neuer Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine sowie zu sonstigen Maßnahmen mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung erforderlich sind [1]).

Im Falle der Einlösung des Papiers finden die Vorschriften des § 1079 Anwendung. Eine bei der Einlösung gezahlte Prämie gilt als Teil des Kapitals [2]).

E I 1036 Abs 3, 4 II 992; M 3 557, 558; P 3 427, 428.

1. Die in § 1078 für eine auf Zinsen ausstehende Forderung getroffenen Vorschriften über die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Einziehung und Kündigung finden auch auf Inhaberpapiere Anwendung. Die **Mitwirkungspflicht** ist jedoch auf **alle Maßnahmen** ausgedehnt, **die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich** sind (z. B. Umtausch bei Konvertierung; Erwirkung der Kraftloserklärung eines vernichteten oder abhanden gekommenen Papiers: § 799). Ein Verkauf kann insbesondere bei Gefährdung der Sicherheit des Papiers, aber auch wegen Rückgangs der Erträge oder zur Vermeidung großer Verluste infolge Kursrückgangs erforderlich sein (str., ob der Verkauf auch bei Gefährdung zu den Maßnahmen des § 1083 zu rechnen ist). Die Mitwirkungspflicht kann beim Nießbrauch an Aktien auch zu dem Zweck nötig werden, um dem Nießbraucher oder dem Gläubiger die Ausübung des Stimmrechts (§ 1068 A 3) zu ermöglichen. Die Kosten dieser Maßnahmen sind, soweit sie nicht als Kosten der laufenden Verwaltung oder als Aufwendungen im besonderen Interesse des Nießbrauchers diesem zur Last fallen, von dem Gläubiger allein zu tragen (str.). Daran, daß der Inhaber Dritten gegenüber allein zur Verfügung über das Inhaberpapier legitimiert ist, wird durch die Mitwirkungspflicht nichts geändert.

2. Die Verpflichtung zur **Mitwirkung** bei der **Wiedererlangung eines eingelösten Papiers** bestimmt sich **nach § 1079.** Über die bei der Einlösung des Papiers gezahlte **Prämie** s. § 1073 A 2.

§ 1084

Gehört ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen, so bewendet es bei den Vorschriften des § 1067 [1]).

E I 1036 Abs 1 II 993; M 3 556, 557; P 3 427, 428; 4 785.

1. Die Vorschriften der §§ 1081—1083 und §§ 1077—1079 kommen nicht zur Anwendung, wenn das **Inhaberpapier zu den verbrauchbaren Sachen gehört.** Hierzu dürfen nach § 92 Reichskassenscheine und Banknoten, die als Geldersatz dienen, ohne weiteres gerechnet werden, andere Inhaberpapiere nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht als Anlagepapier angeschafft, sondern zur Veräußerung im laufenden Betriebe bestimmt sind. Das Eigentum an diesen Inhaberpapieren geht vorbehaltlich der Verpflichtung zum Ersatz des Wertes nach Beendigung des Nießbrauchs, der ein uneigentlicher ist, **nach § 1067** auf den Nießbraucher über.

III. Nießbrauch an einem Vermögen

§ 1085

Der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt [1]). Soweit der Nießbrauch bestellt ist, gelten die Vorschriften [2]) der §§ 1086 bis 1088 [3]).

E I 1038, 1039 II 994; M 3 558ff.; P 3 429, 430, 435, 436.

1. Der **Nießbrauch an dem Vermögen** (Inbegriff von Sachen und Rechten) **einer Person** oder dem Nachlaßvermögen (§ 1089) kann das Vermögen ganz oder zu einem Bruchteil ergreifen. Er bietet nur insofern Besonderheiten, als es sich um die Haftung für die Schulden handelt. Diese Haftung ist in den §§ 1086—1088 geregelt. Ein Nießbrauchsvermögen im Sinne dieser Bestimmungen ist auch dann anzunehmen, wenn einzelne Vermögensgegenstände von dem Nießbrauch ausgenommen sind. Im übrigen bildet das Vermögen keine derartige Einheit, daß der Nießbrauch durch einheitliche Handlung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge bestellt werden könnte. Es bedarf vielmehr der **Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen** je nach deren Art gemäß §§ 873, 1032, 1069, 1081. Nur so kann auch eine durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (§§ 310f.) oder von Todes wegen (§ 2174) begründete Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs an einem Vermögen oder an einer Erbschaft erfüllt werden (RJA 13, 15). Dies ist jedoch nicht dahin aufzufassen, daß der Besitz an jeder einzelnen beweglichen Sache besonders übergeben werden müßte. Vielmehr genügt zur Besitzerlangung der Erwerb der auf die einzelnen Sachen in ihrer Gesamtheit sich erstreckenden tatsächlichen Herrschaft. Ebenso genügt es, wenn die einzelnen Forderungen, an denen der Nießbrauch bestellt werden soll, mit einem Gesamtnamen bezeichnet werden. Ein Vermerk im Grund-

buch, daß es sich um den Nießbrauch an einem Vermögen handelt, ist unzulässig (§ 1086 A 1). Das mit dem Nießbrauch belastete Vermögen bildet auch kein Sondervermögen in der Art, daß die Gegenstände, die der Eigentümer als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nießbrauchsgegenstandes erlangt, ebenfalls dem Nießbrauch unterliegen. Dem Nießbraucher ist vielmehr ein selbständiger Entschädigungsanspruch gegeben (§ 1065 A 2). Steht dem Nießbraucher das Verfügungsrecht zu (vgl. Vorbem 2, § 1048 A 1 u. § 1067 A 1), so stellt das Vermögen insofern eine wirtschaftliche Einheit dar, als die von dem Nießbraucher als Ersatz der veräußerten Stücke erworbenen Gegenstände zu dem mit dem Nießbrauch belasteten und demnächst (vorbehaltlich des Ersatzanspruchs wegen Verwendungen) an den Eigentümer herauszugebenden Vermögen hinzutreten. — Die Vorschriften der §§ 310, 311 über die Begründung der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen finden auch Anwendung auf das Vermögen einer juristischen Person, nicht aber auf ein Sondervermögen, z. B. ein Handelsgeschäft oder das Vorbehaltsgut der Ehefrau (SeuffA 75, 259; Recht 1922 Nr 1392; JW 1925, 42). Die Verpflichtung geht nur so weit, als ein Nießbrauch an den Gegenständen möglich ist. Gehören zum Vermögen z. B. Forderungen, die nach §§ 399, 400 nicht übertragbar sind, so bleiben sie gemäß § 1069 Abs 2 außer Betracht. Nicht der Form des § 311 bedarf ein Vertrag, durch den der Schuldner sich verpflichtet, bis zur Befriedigung der Gläubiger nicht über sein Vermögen selbst zu verfügen, sondern einem von den Gläubigern eingesetzten Ausschusse die Verwaltung und den Nießbrauch an seinem Vermögen zu übertragen. Denn bei einem solchen Vertrage sollen nach dem Willen der Parteien wirtschaftlich die Nutzungen dem Schuldner nicht entzogen, sondern den hieraus zu befriedigenden Gläubigern soll nur eine dingliche Sicherheit gegen die Verwendung der Nutzungen zu anderen Ausgaben verschafft werden (RG 72, 116). — Auf den Nießbrauch am Vermögen findet die Vorschrift des § 260 Anwendung. Der Nießbraucher ist also bei der Rückgabe des Vermögens zur Aufstellung eines Bestandsverzeichnisses und nötigenfalls zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet.

2. **Die Vorschriften der §§ 1086—1088 gelten, soweit der Nießbrauch bestellt ist,** d. h. für diejenigen Gegenstände, an denen der Nießbrauch zum Zwecke der Begründung des Nießbrauchs an einem ganzen Vermögen oder an einem Bruchteil daran bestellt ist (OLG 7, 36). Für später in das Vermögen des Bestellers fallende Gegenstände gelten die Vorschriften nicht.

3. Für den Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft (Handelsgeschäft) sind besondere Grundsätze nicht aufgestellt. Die der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegende Vereinbarung oder letztwillige Anordnung wird regelmäßig dahin aufzufassen sein, daß dem Nießbraucher zugleich die zum ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebe erforderliche Verfügungsmacht bei der Verwaltung des Geschäfts (§ 1067 A 1) hat zugestanden werden sollen. Anderseits wird dem Nießbraucher regelmäßig die Verpflichtung obliegen, an Stelle der veräußerten Waren im Interesse der Erhaltung des Geschäfts andere Waren anzuschaffen. Die Verfügungsmacht erstreckt sich auch auf Forderungen und Schulden des Geschäfts, soweit hierüber zu Zwecken des ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebs Verfügungen erforderlich sind. Solche Verfügungen können auch in einem Vergleich, in einer Stundung usw. bestehen. Der Nießbraucher kann verlangen, daß ihm eine seiner Verfügungsmacht entsprechende Rechtsstellung nach außen von dem Besteller eingeräumt wird. Hat der Geschäftsinhaber dem Nießbraucher den Betrieb des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma gestattet, so kommt die Vorschrift des § 25 (vgl. auch § 22 Abs 2) HGB zur entsprechenden Anwendung. Danach erlangt der Nießbraucher Dritten gegenüber die Verfügungsbefugnis über die bisherigen Geschäftsforderungen und unterliegt der Haftung für die bisherigen Geschäftsschulden. Forderungen oder Schulden gehen aber nicht ohne besondere Vereinbarung auf ihn über (str.). Die Bestimmungen der §§ 1086—1088 haben für den Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft keine Geltung. Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem gewerblichen Unternehmen als Ganzem ist unzulässig (RG 70, 232; 95, 237; JW 1919, 680).

§ 1086

Die Gläubiger des Bestellers können, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen [1] [2]. Hat der Nießbraucher das Eigentum an verbrauchbaren Sachen erlangt, so tritt an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes; der Nießbraucher ist den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet [3].

E II 995 III 1069; P 3 430ff.; 6 348.

1. Die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände können die Gläubiger des Bestellers (Eigentümers) — falls es ihnen nicht gelingt, die Nießbrauchsbestellung nach dem Anfechtungs-

setz anzufechten — regelmäßig nur unbeschadet des Nießbrauchs zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung machen. Anders ist es, wenn der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person oder an dem Nachlaßvermögen bestellt ist. Der Nießbrauch ergreift hier nur das nach Abzug der Schulden übrigbleibende Vermögen. Es verhält sich hiermit ähnlich wie bei der Übernahme eines Vermögens (§ 419). Die Haftung ist aber in beiden Fällen verschieden gestaltet. Der Übernehmer wird Herr des Vermögens und damit persönlicher Schuldner mit Beschränkung der Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens. Der Nießbraucher muß dagegen lediglich die **Befriedigung der Gläubiger**, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind (A 2), **aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen dulden.** Eine weitergehende Haftung liegt dem Nießbraucher nicht ob, soweit ihm nicht aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer bestimmte Verbindlichkeiten wegen Verletzung der ihm als Nießbraucher obliegenden Verpflichtungen erwachsen sind. Solche Ersatzansprüche des Eigentümers gehören zu dem nießbrauchbelasteten Vermögen. Der Nießbraucher muß sich deshalb die Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Eigentümers in diese Ansprüche ebenso wie die Vollstreckung in andere Bestandteile des Nießbrauchsvermögens gefallen lassen. Wegen der Haftung des Nießbrauchers mit der nach § 1067 bestehenden Verbindlichkeit zum Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen s. A 3. Das Recht der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Nießbrauchsvermögen kann nicht als ein dingliches aufgefaßt werden. Es hat nur die Bedeutung, daß der Nießbrauch und demgemäß auch die einem Dritten überlassene Ausübung des Nießbrauchs sowie die zugunsten eines anderen Rechts bewilligte Vorrechtseinräumung (**RG** 70, 344) hinter das Befriedigungsrecht der Gläubiger zurücktritt. In das Grundbuch kann das Befriedigungsrecht der Gläubiger nicht eingetragen werden, auch nicht in der Form, daß der Nießbrauch als ein an einem Vermögen bestehender eingetragen wird (str.). Es liegt hierzu auch kein Bedürfnis vor, da beim Bestehen eines Nießbrauchs immer mit dem Vorhandensein eines Vermögensnießbrauchs, der weit häufiger vorkommt als ein Einzelnießbrauch, gerechnet werden muß (**RG** aaO.). Im Konkurse des Nießbrauchbestellers steht den an den Nießbrauchsgegenständen zugriffsberechtigten Gläubigern (A 2) kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Nießbrauchsvermögen zu. Tatsächlich ergibt sich aber eine Absonderung daraus, daß der Nießbraucher nicht gehalten ist, sich zu seinem Nachteil die Befriedigung anderer persönlicher Gläubiger des Bestellers aus dem Nießbrauchsvermögen gefallen zu lassen.

2. Den Gläubigern haftet das gesamte Nießbrauchsvermögen, das dem Nießbraucher durch die Bestellung des Nießbrauchs überlassen ist, ohne Unterschied, wem die einzelnen Vermögensgegenstände gehören. Aus dieser Haftung des gesamten Vermögens folgt mit Notwendigkeit, daß das Befriedigungsrecht den persönlichen **Gläubigern des Bestellers**, nicht den Gläubigern des Eigentümers zukommt. Und zwar sind befriedigungsberechtigt diejenigen Gläubiger des Bestellers, deren Forderungsrecht schon **zur Zeit der Bestellung** begründet war, mag es auch erst später ein unbedingtes geworden sein oder sich auf Grundlage des vor der Bestellung eingegangenen Schuldverhältnisses zu dem späteren Umfang entwickelt haben (**RG** 69 S. 421, 422). Zu den befriedigungsberechtigten Gläubigern gehört auch der Unterhaltsberechtigte, vorausgesetzt, daß er bereits zur Zeit der Bestellung wegen Bedürftigkeit (vgl. aber § 1088 A 1) einen Unterhaltsanspruch hatte. Der Unterhaltsanspruch kommt in voller Höhe, nicht bloß in Höhe des zur Zeit der Bestellung im voraus zu entrichtenden Unterhaltsbetrags in Betracht (str.). Zur Zwangsvollstreckung in das Nießbrauchsvermögen ist, sofern der Nießbrauch nicht erst nach rechtskräftiger Feststellung der Schuld des Bestellers entstanden ist, erforderlich, daß der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung verurteilt ist (§§ 737, 738 ZPO). Der auf Duldung verklagte Nießbraucher (der trotz fehlenden Rechts des Bestellers den Nießbrauch gültig erworben haben kann) kann sich — abgesehen von dem Falle, daß erst nach Bestellung des Nießbrauchs das Eigentum mit Kenntnis des Nießbrauchers von dem Besteller auf einen anderen übergegangen ist (vgl. § 407) — nicht damit verteidigen, daß die Vermögensgegenstände nicht dem Besteller gehören. Es bleibt dem Eigentümer überlassen, die Ansprüche der Gläubiger durch Erhebung einer Interventionsklage nach § 64 ZPO oder im Zwangsvollstreckungsverfahren durch Erhebung der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO abzuwehren. Der Nießbraucher muß nur nach § 1042 dem ihm bekannten Eigentümer von dem Vorgehen des Gläubigers Nachricht geben. Zur Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist die Zugehörigkeit zum Vermögen des Bestellers nachzuweisen.

3. Hat der **Nießbraucher** gemäß § 1067 den **Wert der** in sein Eigentum übergegangenen **verbrauchbaren Sachen** dem Nießbrauchsbesteller **zu ersetzen**, so können sich **die Gläubiger** des Bestellers ebenso wie an die anderen Bestandteile des Nießbrauchsvermögens **auch an** diesen **Ersatzanspruch des Bestellers halten.** Da der Nießbrauch ihnen nicht entgegensteht, können sie, soweit dies zur Bezahlung ihrer Forderungen nötig ist, **sofortigen Ersatz verlangen.** Den Ersatzanspruch können die Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Anspruchs gegen den Besteller pfänden und sich überweisen lassen, ohne daß zuvor (bestr.; **RG** Gruch 58, 1033; 59, 1063; 60, 836; aber auch **RG** 93, 124) der Nießbraucher, der besonders zu verklagen ist und dem für diesen Rechtsstreit alle Einwendungen vorbehalten bleiben, zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt zu sein braucht.

§ 1087

Der Besteller kann, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Nießbraucher Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen. Die Auswahl steht ihm zu; er kann jedoch nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen [1]. Soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Nießbraucher gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet [2].

Der Nießbraucher kann die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen [1]. Gehört der geschuldete Gegenstand nicht zu dem Vermögen, das dem Nießbrauch unterliegt, so ist der Nießbraucher berechtigt, zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand zu veräußern, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann. Er hat einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen. Soweit er zum Ersatze des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er eine Veräußerung nicht vornehmen [3].

E I 1040 II 996; M 3 561ff.; P 3 430, 431, 433, 434; 4 609ff.

1. Macht der Gläubiger von dem ihm nach § 1086 zustehenden Befriedigungsrecht Gebrauch, so liegt es, falls sein Anspruch nicht auf Leistung eines bestimmten im Nießbrauchsvermögen befindlichen Gegenstandes geht, in seiner Hand, aus welchen Gegenständen des Nießbrauchsvermögens er im Zwangsvollstreckungsverfahren seine Befriedigung suchen will. Die Zwangsvollstreckung kann aber durch freiwillige Befriedigung des Gläubigers abgewendet werden. Handelt es sich um **Leistung eines bestimmten** zum Nießbrauchsvermögen gehörigen **Gegenstandes**, so kann der **Nießbraucher** diesen Anspruch **durch Herausgabe** des Gegenstandes **ohne weiteres erfüllen. Andernfalls** aber entsteht die Frage, ob der Besteller oder der Nießbraucher, deren Interessen in dieser Beziehung auseinandergehen können, zur Auswahl der aus dem Nießbrauchsvermögen **zur Befriedigung zu verwendenden Gegenstände** berechtigt ist. § 1087 entscheidet diese Frage dahin, daß — abgesehen von besonderen Fällen (A 3) — der **Besteller auswahlberechtigt** ist. Denn er hätte ja auch schon vor der Überlassung des Vermögens an den Nießbraucher die zur Berichtigung der fälligen Schulden erforderlichen Gegenstände zurückbehalten können. Allerdings darf der Besteller bei der Auswahl der zurückzufordernden oder zurückzubehaltenden Gegenstände nicht willkürlich verfahren. Er darf nur die **vorzugsweise geeigneten Gegenstände** auswählen. Sind zur Berichtigung von Geldschulden bares Geld oder ohne Verlust verkäufliche geldwerte Papiere vorhanden, so darf nicht die Rückgabe von Sachen oder die Überlassung von Außenständen, auch nicht die von dem Nießbraucher geschuldete Zahlung des Wertes der verbrauchbaren Sachen (§ 1086 A 3) gefordert werden. Müssen Sachen verkauft werden, so sind in erster Linie diejenigen Sachen geeignet, deren Verkauf ohne Nachteil für den Besteller und den Nießbraucher möglich ist. Nicht allgemein kann gesagt werden, daß auf die nicht im Eigentum des Bestellers stehenden Sachen erst in letzter Linie zurückzugreifen ist. Stehen die Interessen des Bestellers und des Nießbrauchers einander entgegen, so darf der Besteller sich von seinen eigenen Interessen leiten lassen, falls nicht seine Wahl in grober Weise gegen die Billigkeit verstößt. Das Auswahlrecht verbleibt übrigens dem Besteller auch dann, wenn der Nießbraucher die Schuld aus eigenen Mitteln bezahlt hat und nun seinerseits Erstattung aus dem Nießbrauchsvermögen fordert. Hat der Besteller die auf dem Nießbrauchsvermögen ruhende Schuld aus dem nießbrauchsfreien (erst nach Bestellung des Nießbrauchs erworbenen) Vermögen berichtigt, so kann er in gleicher Weise Erstattung aus dem Nießbrauchsvermögen fordern. Die in § 1087 bestimmten Befugnisse hat der Besteller auch wegen der das Nießbrauchsvermögen belastenden Abgaben, die nicht dem Nießbraucher, sondern dem Eigentümer zur Last fallen. Dem als Nießbraucher in Anspruch Genommenen ist selbstverständlich in allen Fällen der Einwand gestattet, daß er in Wirklichkeit ein Nießbrauchsrecht nicht erworben habe.

2. Mit der **Rückgabe** der zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände erlischt das Nießbrauchsrecht an diesen Gegenständen, ohne daß der Nießbraucher hierauf ausdrücklich Verzicht zu leisten braucht (§ 1064 A 1). Dagegen steht ihm nunmehr ein **Anspruch** darauf zu, **daß die zurückgegebenen Gegenstände auch** wirklich **zur Schuldentilgung verwendet werden.** Hat der Besteller die Schuld aus eigenen Mitteln berichtigt, ohne die zurückgegebenen Gegenstände hierzu zu verwenden, so kann der Nießbraucher gegen Erstattung des Gezahlten verlangen, daß ihm der Nießbrauch an diesen Gegenständen von neuem eingeräumt wird.

3. Ausnahmsweise ist der **Nießbraucher** berechtigt, die von ihm aus dem Nießbrauchsvermögen auszuwählenden **Gegenstände zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden, wenn der ge-**

schuldete Gegenstand nicht zu dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen gehört. Er darf dies, wenn ihm die Gefahr der Zwangsvollstreckung oder sonstige mit der Nichtbefriedigung des Gläubigers verbundene Nachteile drohen. Regelmäßig wird er vorher den Besteller zur Befriedigung des Gläubigers aufzufordern haben. In dringenden Fällen kann er aber hiervon absehen. Dem Nießbraucher ist es in gleicher Weise wie dem Besteller (A 1) zur Pflicht gemacht, für die Schuldentilgung die **vorzugsweise geeigneten Gegenstände auszuwählen.** Insbesondere darf er, wie in § 1087 Abs 2 Satz 4 ausdrücklich bestimmt ist, keine Veräußerung vornehmen, wenn die zur Schuldentilgung benötigten **Geldmittel durch** die von ihm geschuldete **Zahlung des Wertes der verbrauchbaren Sachen** (§ 1067) **beschafft** werden können. Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht macht den Nießbraucher dem Besteller gegenüber schadensersatzpflichtig. Die Gültigkeit der zur Schuldentilgung vorgenommenen Veräußerung ist aber von der Beobachtung dieser Pflicht nicht abhängig. Zur Gültigkeit der Veräußerung genügt es, daß eine Verbindlichkeit in der Tat vorhanden ist und Gefahr im Verzug obwaltet. Das Fehlen dieser Voraussetzungen würde übrigens durch den guten Glauben des Erwerbers nicht ersetzt werden können. Der gutgläubige Erwerb hat nur insofern Bedeutung, als von dem Nießbraucher Sachen, die nicht dem Besteller gehören, veräußert sind (str.).

§ 1088

Die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, können die Zinsen für die Dauer des Nießbrauchs auch von dem Nießbraucher verlangen. Das gleiche gilt von anderen wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist [1]).

Die Haftung des Nießbrauchers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Besteller ausgeschlossen oder beschränkt werden [2]).

Der Nießbraucher ist dem Besteller gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Abs 1 bezeichneten Ansprüche verpflichtet. Die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung kann der Besteller nur verlangen, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Verzug kommt [3]).

E I 1041 II 997; M 3 564, 565; P 3 434, 435.

1. Während nach §§ 1086, 1087 der Nießbraucher nur verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung in das Nießbrauchsvermögen einschließlich der noch nicht in sein Eigentum übergegangenen Nutzungen zu dulden, ist ihm **hinsichtlich der Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen,** die als eine aus den Einkünften des Vermögens zu bestreitende Last angesehen werden (§ 1047 A 1), eine **persönliche Haftung** nicht nur dem Besteller, sondern **auch den Gläubigern gegenüber** auferlegt. Die Haftung hat, wenn der Bestellung des Nießbrauchs ein hierauf gerichteter schuldrechtlicher Vertrag vorhergegangen ist, bereits in diesem Vertrag ihre Grundlage. Wie der Nießbraucher aber nur einen Anspruch auf Bestellung des Nießbrauchs an den Vermögensgegenständen hat, die zur Zeit der Abschließung des schuldrechtlichen Vertrags dem Besteller gehören, so übernimmt er auch nur eine Haftung für die Zinsen der zu dieser Zeit bestehenden Schulden des Bestellers. Die Haftung erstreckt sich den Gläubigern des Bestellers gegenüber kraft Gesetzes auf die Zinsen **für die Dauer des Nießbrauchs.** Nach dem der Nießbrauchbestellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag kann indessen der Nießbraucher dem Besteller gegenüber verpflichtet sein, schon von der Zeit der Abschließung des Vertrags an für die Zinsen aufzukommen, obwohl er erst nach der Bestellung des Nießbrauchs belangt werden kann. Unter *Zinsen* sind hier nicht bloß die vertragsmäßigen, sondern auch die gesetzlichen Zinsen ohne jede Einschränkung, auch die Verzugszinsen zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, ob der Verzug durch schuldhaftes Verhalten des Bestellers herbeigeführt ist. Die **Verzinslichkeit** muß, damit die persönliche Haftung des Nießbrauchers begründet ist, spätestens **zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs vorhanden** sein. Die Zinsen fallen dem Nießbraucher auch dann zur Last, wenn der Zinsfuß außergewöhnlich hoch ist oder die Zinsen den Betrag der Nutzungen überschreiten. Den Zinsen gleichgestellt sind diejenigen **wiederkehrenden Leistungen, welche bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden.** Hierher gehören: die an den Gläubiger des Bestellers zu entrichtenden Renten, Reallastleistungen; die aus einem Vertrage oder als gesetzliche Schuld nach § 1708 an das uneheliche Kind zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge (s. im übrigen wegen der gesetzlichen Unterhaltspflicht § 1086 A 2); die als Zuschlag zu den Zinsen zu entrichtenden, zur allmählichen Tilgung des Hauptgeldes bestimmten Beträge (Amortisationsquoten); die Prä-

mien aus einer vor der Begründung des Nießbrauchs von dem Besteller eingegangenen Versicherung, auch einer Lebensversicherung; die auf das Vermögen oder die Einkünfte des Vermögens gelegten Abgaben (Einkommensteuer, Vermögenssteuer). Auch für diese Leistungen hat der Nießbraucher unbeschränkt einzustehen, ohne Rücksicht darauf, ob die Einkünfte bei ordnungsmäßiger Verwaltung des Vermögens zur Deckung der Zinsen und wiederkehrenden Leistungen ausreichen (str.). Würde der Nießbraucher unter Berufung darauf, daß die Einkünfte nicht ausreichen, die Entrichtung verweigern können, so würde nicht nur jedesmal eine zeitraubende und schwierige Untersuchung notwendig, sondern auch der durch § 1088 dem Gläubiger zugedachte Vorteil zum großen Teil wieder zunichte werden. Dem Nießbraucher selbst kann aus der unbeschränkten Haftung kein Nachteil entstehen, da die Haftung nur für die Nießbrauchszeit besteht und er jederzeit in der Lage ist, die Beendigung des Nießbrauchs durch Verzicht auf sein Recht herbeizuführen. Die in § 103 gegebenen Vorschriften über die Lastenverteilung zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller bei Beginn und Beendigung des Nießbrauchs gelten auch für die Ansprüche der Gläubiger gegen den Nießbraucher. Nicht betroffen werden durch § 1088 diejenigen Gläubiger, die nur einen dinglichen Anspruch, nicht zugleich einen persönlichen Anspruch gegen den Besteller haben. Insbesondere gehören also nicht hierher die Zinsen einer Grundschuld und die Zinsen einer Hypothek, die Renten bei einer Rentenschuld, die auf Grund einer Reallast zu entrichtenden Leistungen, sofern nicht der Besteller für sie persönlich haftet. Ihr Rechtsverhältnis regelt § 1047, wonach der Nießbraucher diese dinglichen Lasten ohnedies tragen muß. Der § 1088 bezieht sich ferner nicht auf diejenigen Gläubiger, die erst nach Bestellung des Nießbrauchs eine Forderung erlangt haben. Ist aber eine neue Schuld lediglich zur Rückzahlung einer früheren Schuld aufgenommen, so wird auch ohne entsprechende Vereinbarung anzunehmen sein, daß der Nießbraucher für die Zinsen der neuen Schuld bis zur früheren Höhe haftbar bleibt.

2. Die **Haftung des Nießbrauchers** für die Zinsen und wiederkehrenden Leistungen (A 1) gegenüber den Gläubigern des Bestellers ist eine unbedingte, zwingende. Sie kann **nicht durch Vereinbarung** zwischen ihm und dem Besteller **ausgeschlossen oder beschränkt** werden.

3. Die **Berichtigung der** in A 1 bezeichneten **Verbindlichkeiten** kann nicht bloß der Gläubiger, sondern **auch der Besteller von dem Nießbraucher verlangen,** und zwar jeder von ihnen aus selbständigem Recht. Das Recht des Bestellers kann nicht durch einen Vertrag des Nießbrauchers mit dem Gläubiger ausgeschlossen werden. Die Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung führt aber nicht zu der Annahme eines Gesamtgläubigerverhältnisses im Sinne des § 428. Das Recht des Bestellers geht nicht auf Leistung an ihn, sondern auf Leistung an den Gläubiger. Empfangsberechtigt ist also immer nur der Gläubiger. Wird dieser befriedigt oder erklärt er sich für vorbehaltlos befriedigt, so erlischt damit auch das Recht des Bestellers. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht neben der persönlichen Verbindlichkeit des Nießbrauchers zugleich die persönliche Verbindlichkeit des Bestellers. Wird letzterer aus seiner persönlichen Haftung in Anspruch genommen, so kann er — abgesehen von der persönlichen Ersatzpflicht des Nießbrauchers — die **Rückgabe der zur Berichtigung der Schuld erforderlichen Gegenstände** des Nießbrauchsvermögens nach den in A 1 zu § 1087 dargestellten Grundsätzen **fordern.** Hierzu ist der Besteller auch schon dann berechtigt, **wenn der Nießbraucher** mit der Berichtigung der persönlichen Schulden **in Verzug** (§§ 284, 285) gekommen ist.

§ 1089

Die Vorschriften der §§ 1085 bis 1088 finden auf den Nießbrauch an einer Erbschaft [1]) entsprechende Anwendung [2]).

E I 1043 II 998; M 3 565; P 3 436.

1. Die entsprechende Anwendung bedeutet, daß bei dem von dem Erblasser angeordneten (A 2) **Nießbrauch an einer Erbschaft** an Stelle der persönlichen Gläubiger des Bestellers die Nachlaßgläubiger treten, denen der Nachlaß auch bei einer Veräußerung der Erbschaft (oder eines Erbteils) verhaftet bleibt (§§ 2382 ff., 1922 Abs 2, 2036). Der Nießbrauch an einer Erbschaft kann auch dadurch begründet werden, daß alle Miterben ihre Erbanteile mit demselben Nießbrauch belasten. Der Nießbrauch ist dann aber von einem Vermögensnießbrauch insofern verschieden, als er die jeweils zum Nachlaßvermögen gehörigen Gegenstände ergreift. Über den Begriff der Nachlaßgläubiger s. § 1967 A 1, 2 u. 3. Nur zugunsten dieser Gläubiger (nicht der Gläubiger des Erben) hat der Nießbraucher die in den §§ 1086 bis 1088 bestimmten Verpflichtungen zu erfüllen, ohne daß er im Falle des § 1086 einwenden kann, daß der Besteller des Nießbrauchs nicht der wahre Erbe oder Miterbe gewesen sei. War der Besteller nicht der wahre Erbe, so steht das Recht, gemäß § 1087 die Rückgabe der zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Erbschaftsgegenstände zu verlangen, nur dem wahren Erben, nicht dem Besteller zu. Die Eingehung der Verpflichtung zur Belastung der Erbschaft mit einem Nießbrauch bedarf ebenso wie der Erbschaftskauf der in § 2371 vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die Belastung des Anteils des Miterben mit einem Nießbrauch stellt sich als eine derselben Form

bedürftige Verfügung über den Erbteil im Sinne des § 2033 dar (§ 2033 A 3). Wegen des Nießbrauchs an einem Erbteil vgl. § 1066 A 1—3. Der Miterbe kann ohne Zustimmung des Nießbrauchers die Erbauseinandersetzung nicht betreiben. Auch bei dem Nießbrauch an einem Erbteil ist (wie bei dem Pfandrecht an einem Erbteil: RG JW 1914, 765[11]) nicht anzunehmen, daß der Nießbrauch sich ohne weiteres auf die bei der Auseinandersetzung dem Miterben zugeteilten Gegenstände überträgt.

2. Der Erblasser kann den Nießbrauch an einer Erbschaft oder einem Erbteil nicht mit dinglicher Wirkung, sondern nur als Vermächtnis (§§ 2147 ff.) zuwenden. Der Bedachte hat dann nach § 2174 einen schuldrechtlichen Anspruch darauf, daß ihm der Nießbrauch von dem Erben als dingliches Recht eingeräumt wird. Die Einräumung erfolgt nach Maßgabe des § 1085 durch Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Gegenständen. Auch dem Nießbraucher gegenüber ist der Testamentsvollstrecker zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses verpflichtet (§§ 2215, 666, 2203; RG JW 04, 338[7]). Übrigens ist bei der Auslegung des Testaments sorgfältig zu prüfen, ob der mit dem „Nießbrauch" Bedachte nicht in Wirklichkeit die Stellung eines Vorerben (§§ 2100 ff.) haben soll.

Dritter Titel

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten[1]

§ 1090

Ein Grundstück[2]) kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten[3]) die Belastung[4]) erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen[5]), oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann[6]) (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

Die Vorschriften der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 finden entsprechende Anwendung[7]).

E I 1044, 1048 f. II 999; M 3 566 ff.; P 3 436 ff.

1. Nur Grundstücke und die Rechte, auf welche die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, können zugunsten einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person mit **beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten** belastet werden (§ 1090 Abs 1 Satz 1). Der Inhalt dieser Dienstbarkeiten kann in dem Recht, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder in einer sonstigen Befugnis bestehen, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (§ 1090 Abs 1 Satz 2; § 1018). Der Umfang des Rechts wird im Zweifel durch die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt (§ 1091). Die Dienstbarkeit ist, wie der Nießbrauch, unvererblich und unübertragbar (§§ 1090 Abs 2, 1061, 1092 Satz 1). Anders als beim Nießbrauch (§ 1059 Satz 2) ist die Überlassung der Ausübung an einen anderen regelmäßig unzulässig (§ 1092 Satz 2). Nur das Wohnungsrecht (§ 1093) ist nach mehreren Richtungen den Vorschriften über den Nießbrauch unterstellt. Für die Begründung und Aufhebung der Dienstbarkeiten finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 873—878 Anwendung. Sonstige Vorschriften über diese Dienstbarkeiten enthalten GBO §§ 23, 24, 50; ZVG §§ 92, 121; EGZVG § 9. Von den Vorbehalten im EGBGB zugunsten der Landesgesetzgebung kommen für sie besonders in Betracht: Artt 113 (Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten in den Fällen der Zusammenlegung von Grundstücken, Gemeinheitsteilung); 115 (Untersagung, Beschränkung oder Bestimmung des Inhalts und des Maßes); 120 (Unschädlichkeitszeugnis im Falle der Teilveräußerung des belasteten Grundstücks); 128 (Dienstbarkeit an buchungsfreien Grundstücken); 133 (Recht auf Kirchenstühle und Begräbnisplätze). Von den Übergangsvorschriften sind zu beachten: EG Artt 184 (Bestehenbleiben der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Dienstbarkeiten mit dem bisherigen Inhalt und Rang); 189 (Begründung und Aufhebung nach den bisherigen Gesetzen so lange, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist); 191 (Besitzschutz). Auf die beim Inkrafttreten des BGB bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten finden die §§ 1020—1024, 1026—1028 nicht entsprechende Anwendung. Denn Art 184 Satz 2 EG schreibt die Anwendungen dieser Bestimmungen nur für Grunddienstbarkeiten vor (RG JW 1922, 26[8]). Im übrigen steht es der Anwendung des Art 184 EG auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht entgegen, wenn die Dienstbarkeit nicht eingetragen ist. Denn sie „belastet" im Sinne des Art 184 das Grundstück auch dann, wenn sie zwar nicht eingetragen ist, aber dennoch besteht (RG 55, 315; 56, 13; 66, 30). Nach preußischem Recht konnte eine solche Dienstbarkeit gemäß § 12 EigEGes an sich auch ohne Eintragung bestehen. Ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten war aber ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte die Dienstbarkeit kannte oder nicht, von der Eintragung abhängig. Nur

mit dieser beschränkten Wirkung sind solche zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden, aber nicht eingetragenen Dienstbarkeiten bestehengeblieben (RG 66, 30). Erst mit ihrer Eintragung erlangen sie also auch jetzt noch Wirkung gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber Erwerbern im Sinne des § 892 (RG 66, 30). Auf Grund des dinglichen Rechts besteht aber nach wie vor ein Anspruch auf Bewilligung der Eintragung (RG Gruch 46, 132; JW 04, 282 [1]). Hat allerdings inzwischen ein anderer als der ursprüngliche Besteller oder dessen Gesamtrechtsnachfolger das Grundstück erworben, so kann die Eintragung, auch wenn der Erwerber bösgläubig war, nicht mehr erfolgen, wenn nicht der andere seine Zustimmung zu der Eintragung gibt (RG JW 01, 281[1]). Irreguläre Personalservituten des gemeinen Rechts betreffend das Recht zur Gewinnung nicht regaler Bodenbestandteile (Kalisalze, Petroleum) behandeln RG 59, 289; JW 1922, 26[8]).

2. Ein **Grundstück** oder ein solches Recht, auf das die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, mithin das Erbbaurecht (VO v. 15. 1. 19 § 11) und die in den Artt 63, 68, 196 EG bezeichneten Rechte, nicht aber eine bewegliche Sache. Doch kann sich auf eine solche, wenn sie Zubehör eines Grundstücks ist, das Wohnungsrecht (§ 1093) erstrecken. An dem Bruchteil eines Grundstücks kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht bestellt werden (Prot 3 S. 436, 310), wohl aber an einem bestimmten, begrenzten Teil eines Grundstücks (§ 1018 A 2). Die Frage, ob mehrere selbständige Grundstücke mit derselben Dienstbarkeit belastet werden können (z. B. mit einem Wohnungsrecht, dessen Ausübung sich nur auf ein bebautes Grundstück erstreckt), ist bereits in § 1018 A 5 erörtert.

3. **Derjenige, zu dessen Gunsten** die Belastung erfolgt, kann nur eine bestimmte natürliche oder juristische Person sein (KGJ 39 A 210; § 1093 A 1), also z. B. auch eine Aktiengesellschaft (KGJ 53, 158), eine Gewerkschaft (RJA 7, 254), eine Genossenschaft (RJA 10, 72), eine Stadtgemeinde (KGJ 47, 186). Dagegen ist die Bestellung einer Dienstbarkeit z. B. nicht möglich für: den Staat zugunsten der Siedlung von „deutschstämmigen" Landarbeiterfamilien, da „deutschstämmig" zu vieldeutig und unbestimmt ist (RG Warn 1927 Nr 143; A 6 a. E.); eine preußische Polizeibehörde, da sie keine juristische Person ist, sofern nicht etwa nur eine falsche Bezeichnung für den Fiskus oder für eine Stadtgemeinde gebraucht ist (KGJ 39 A 210). Nicht ausgeschlossen ist die Belastung für mehrere bestimmte Personen als gleichzeitige und gemeinschaftliche Berechtigte (z. B. für Eheleute, Eltern, Kinder; über die Eintragung in einem solchen Falle § 48 GBO). Dagegen ist ausgeschlossen die Bestellung einer einzelnen Dienstbarkeit in der Weise, daß nach dem Tode des zunächst Berechtigten dessen Erbe oder ein anderer berechtigt sein soll. Denn das BGB kennt nur eine mit dem Tode des Berechtigten endigende (§§ 1090 Abs 2, 1061) Dienstbarkeit (RG 119, 214; OLG 10, 117; 14, 88). Ist aber eine Dienstbarkeit für den zunächst Berechtigten und zugleich für seine Rechtsnachfolger eingetragen worden, so ist die Eintragung nicht ohne weiteres im ganzen unzulässig und unwirksam. Vielmehr ist nach § 139 zu prüfen, ob die zusätzliche Nebenbestimmung bezüglich der Rechtsnachfolge wegfallen und die Eintragung im übrigen nach dem Willen der Beteiligten aufrecht erhalten werden kann (RG 119, 214). Die Belastung für eine Gemeinde kann auch so geschehen, daß die Dienstbarkeit deren einzelnen Mitgliedern dient, z. B. so, daß die Bürger einen Weg, einen Park, eine Wasserleitung benutzen können (Prot 3, 439; RG 4, 132; 7, 164; 14, 214; SeuffA 41 Nr 173; 42 Nr 18; 44 Nr 163; 55 Nr 63; 58 Nr 70; JFG 4, 378). § 1091, der nur eine Auslegungsregel enthält, steht dem nicht entgegen. Klageberechtigt sind dann aber nicht die einzelnen Mitglieder, sondern die Gemeinde. Denn im Grundbuch eingetragen sein kann die Dienstbarkeit nicht für das einzelne Mitglied, sondern nur für die Gemeinde als juristische Person, die allein zur Verfügung über das Recht befugt ist, während die Gemeindeangehörigen nur aus dem Recht der Gemeinde die Dienstbarkeit ausüben. Das für oder gegen die juristische Person ergangene Urteil wirkt auch für oder gegen die Mitglieder (RG 44, 145; 61, 342; SeuffA 59 Nr 71). Für Personenkreise, die keine juristische Person bilden (z. B. für einen nichtrechtsfähigen Verein), kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht begründet werden, weil eben nur eine bestimmte Person Berechtigter sein darf (SeuffA 59 Nr 6). Dagegen ist zulässig die Bestellung mehrerer Dienstbarkeiten gleichen Inhalts für mehrere Personen in der Weise, daß diese nacheinander als Berechtigte folgen (z. B. für die jeweiligen Inhaber einer Firma oder für die Eltern auf Lebenszeit und für die Tochter nach dem Tode der Eltern). § 1092 steht dem nicht entgegen. Denn es handelt sich dann um einen Endtermin oder eine auflösende Bedingung (A 4) für die eine und zugleich um einen Anfangstermin oder eine aufschiebende Bedingung für die andere Dienstbarkeit (RG 7. 5. 1932 V 99/32; JW 1932, 2445[5]; OLG 36, 164). Soll eine persönliche Dienstbarkeit durch eine Grunddienstbarkeit (§ 1018) ersetzt werden, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß jene Dienstbarkeit gelöscht und diese Grunddienstbarkeit neu eingetragen wird (§ 877 A 4).

4. Die **Belastung** wird gemäß § 873 durch Einigung und Eintragung bewirkt. Über das Wesen der Einigung und die Erfordernisse für ihre Rechtsgültigkeit vgl. § 873 A 7, 8, 9. Hervorzuheben ist, daß die Einigung zur materiellrechtlichen Gültigkeit einer Form nicht bedarf. Formellrechtlich genügt zur Vornahme der Eintragung gemäß § 19 GBO die Eintragungsbewilligung des Eigentümers des zu belastenden Grundstücks, ohne daß es des Nachweises der Einigung bedarf. Die Bewilligung muß in der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form erklärt sein. Der ferner

erforderliche Eintragungsantrag (§ 13 Abs 1 GBO) kann (formlos: § 30 GBO) sowohl von dem Aktivbeteiligten als auch von dem Passivbeteiligten gestellt werden (§ 13 Abs 2 GBO). Die Eintragung, bei der gemäß § 874 auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann (vgl. auch § 50 GBO), erfolgt auf das zu belastende Grundstück. Die Dienstbarkeit kann auch (z. B. durch Kündigung) auflösend bedingt bestellt werden, da eine entgegenstehende Gesetzesbestimmung nicht besteht (OLG 43, 225; A 3 a. E.). Die Festsetzung eines Entgelts für die Ausübung des Rechts ist mit dem Begriff dieser Dienstbarkeit wohl vereinbar (**RG** 54, 233; Warn 1927 Nr 54; KGJ 53, 159). — Zur rechtsgeschäftlichen **Aufhebung** ist gemäß § 875 Aufgabeerklärung des Berechtigten und Löschung erforderlich (§ 875 A 7, 8). Erlischt die Dienstbarkeit durch den Tod des Berechtigten (§§ 1090 Abs 2, 1061; vgl. unten A 7), so kann die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung gemäß § 22 GBO auf Grund der Sterbeurkunde beantragt werden (vgl. jedoch §§ 23, 24 GBO und dazu RJA 4, 181). Nach dem Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins gilt für die Grundbuchberichtigung Entsprechendes wie nach dem Tod des Berechtigten. Die Dienstbarkeit kann nach Maßgabe des § 901 durch Verjährung erlöschen. Durch Vereinigung der Berechtigung und des belasteten Eigentums in einer Person erlischt sie nach § 889 nicht.

5. Von der Berechtigung zur **Benutzung in einzelnen Beziehungen** gilt dasselbe, wie wenn eine solche den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bildet (§ 1018 A 6, 7). Die Benutzung kann auch mit einer Verringerung des Grundstücksbestandes (z. B. durch Entnahme von Bodenbestandteilen wie Steine, Mineralien, Kalk) verbunden sein (KGJ 24 A 119; RJA 7, 254; OLG 10, 413; 15, 359; 26, 99; 43, 8) oder mit teilweiser Entziehung von Nutzungen des Grundstücks (z. B. durch Weiden von Vieh im Falle einer Weideberechtigung: **RG** 104, 148). Das Recht, auf fremdem Grund und Boden die Jagd auszuüben, enthält die Befugnis, den Grundbesitz zum Zweck der Jagdausübung zu benutzen, und könnte daher an sich Gegenstand sowohl einer Grunddienstbarkeit wie einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein. In Preußen ist dies indessen ausgeschlossen. Denn nach § 2 JagdO v. 15. 7. 07 ist eine Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden als dingliches Recht unstatthaft. Damit ist die Begründung eines dinglichen Nutzungsrechts auf Jagdausübung für einen Nichteigentümer ohne Rücksicht auf die Zeitdauer des Rechts verboten (KGJ 34 A 259; JFG 2, 332). Über eine Dienstbarkeit, welche die Benutzung eines Gebäudes auf dem belasteten Grundstück zu Geschäftszwecken des Berechtigten zum Gegenstand hat: § 1093 A 1. Rein schuldrechtliche Verpflichtungen können ebenso wie bei Grunddienstbarkeiten nicht den Gegenstand der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden, also z. B. nicht die Verpflichtung, verkaufte Bäume zu fällen und durch den anderen wegnehmen zu lassen (**RG** 60, 319; OLG 43, 8) oder ein Recht auf Entziehung eines Grundstücks (KGJ 25 A 148; § 1018 A 4). Das Recht zur Grundstücksbenutzung kann ferner seiner Natur nach, da ein Grundstück zur Befriedigung eines wirtschaftlichen Bedürfnisses benutzt wird, nur ein solches sein, das für den Berechtigten einen wirtschaftlichen Vorteil bietet oder bieten kann (**RG** 61, 341, dessen grundsätzliche Ausführungen allerdings in **RG** 111, 394 anscheinend auch für diesen Fall der Dienstbarkeit nicht aufrechterhalten sind; JFG 4, 380; für anders geartete Dienstbarkeiten vgl. unten A 6 a. E.). Ein solcher Vorteil kann auch in einer bloßen Annehmlichkeit (z. B. Besuch von Parkanlagen zum Zweck des Vergnügens und der Erholung; Benutzung eines kürzeren Zugangs zu einem andern Grundstück) bestehen (**RG** 14, 214; 44, 146; 61, 342; JFG 4, 381). Dagegen fehlt ein solcher Vorteil durch Grundstücksbenutzung, wenn einem Maschinenfabrikanten das Recht gewährt ist, eine an den Eigentümer des Grundstücks unter Vorbehalt des Eigentums verkaufte Maschine auf dem Grundstück zu haben. Denn aus dem Haben der Maschine auf dem Grundstück zieht der Fabrikant keinen Vorteil. Vielmehr ist dieses Haben für ihn eher eine Last, weil der Eigentümer die Maschine benutzen darf. Einen Vorteil hat der Verkäufer nur aus dem Verkauf der Maschine nebst Eigentumsvorbehalt, nicht aus dem Grundstück des Schuldners. Daher kann eine Dienstbarkeit mit jenem Inhalt nicht bestellt werden (str.; RJA 9, 140).

6. Als eine **sonstige Befugnis, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann,** kommt hier nur noch der zweite Fall des § 1018, also die Unterlassung gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück, in Betracht. Denn der erste Fall des § 1018, nämlich die Berechtigung zum Benutzen des Grundstücks in einzelnen Beziehungen, ist im § 1090 Abs 1 bereits vorweg als zulässiger Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt (A 5). Der dritte Fall des § 1018, nämlich der Ausschluß der Ausübung eines gesetzlichen Benutzungsrechts, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt (Legalservitut), hat aber für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit keine Bedeutung, weil deren Inhaber nicht ein Grundstück, sondern eine Person ist. Allerdings wird dieser Unterschied in der Rechtsprechung gelegentlich verwischt. So ist in KGJ 49, 195 angenommen, daß eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit auch für den Eigentümer von Bergwerksanlagen (eine Aktiengesellschaft) auf Duldung von schädlichen Einwirkungen aus dem Betrieb der Anlagen bestellt werden kann. In **RG** 119, 211 ist zugelassen, daß das vertragsmäßig eingeräumte Recht auf Duldung unbeschränkter, über die gesetzlich gezogenen Grenzen hinausgehender Einwirkungen von einem Grundstück (Bergbaubetrieb) auf ein anderes Grundstück zum Inhalt einer beschränkten persönlichen

Dienstbarkeit gemacht wird. Zur Begründung wird ausgeführt, daß an die Stelle des im § 1018 bestimmten herrschenden Grundstücks hier die berechtigte Person trete. Diese Auffassung widerspricht aber dem Wesen der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, deren Umfang sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnis des Berechtigten bestimmt (§ 1091), während in den genannten Fällen die Duldung der Einwirkungen gerade einem Grundstück als solchem zugute kommt. Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis für solche persönlichen Dienstbarkeiten, da nach der Sachlage passend und rechtmäßig eine Grunddienstbarkeit für das Bergwerkseigentum, zu dessen Bestandteilen die Anlagen gehören, oder für das einwirkende Grundstück bestellt werden kann (§ 1018 A 9). Entsprechendes gilt für die in KGJ 51, 249 angenommene Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Oberlieger an einem Privatfluß gegenüber dem Eigentümer eines unterliegenden Grundstücks auf Duldung der Zuführung von Wasser aus dem Grundstück des Oberliegers in den Privatfluß über den durch Niederschlags-, Haus- und Wirtschaftswässer bestimmten Umfang hinaus. Auch hier kann nur die Bestellung einer Grunddienstbarkeit für das Grundstück des Oberliegers in Frage kommen. Im übrigen kann wegen des Inhalts einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die auf Unterlassung von Handlungen gerichtet ist, im allgemeinen auf § 1018 A 8 verwiesen werden. Im einzelnen ist hervorzuheben: Das Erfordernis des § 1019 (Vorteil für das herrschende Grundstück) kommt hier nicht in Betracht. Daher kann ein gewerbliches Wettbewerbsverbot (z. B. Verbot eines Kinobetriebs) ohne Rücksicht auf das Bedürfnis des Berechtigten den Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden (OLG 45, 229; dagegen § 1019 A 4). Die Dienstbarkeit ist auch für eine juristische Person (z. B. eine Gemeinde, eine Aktiengesellschaft, eine Genossenschaft, eine Versicherungsanstalt) zulässig (**RG** 14, 214; 44, 146; 61, 342; 111, 394; KGJ 36 A 216; 42 A 246; 45, 227; 47, 186; 53, 158). Sie kann z. B. dahin gehen, daß auf dem belasteten Grundstück für eine gewisse Zeit keine gewerblichen Betriebe stattfinden, keine Bauten an einer Straße über eine bestimmte Höhe hinaus, keine Fabrikanlagen, keine Verkaufsläden, Schankwirtschaften eingerichtet werden (OLG 5, 316; 10, 118; 21, 37 Anm; KGJ 36 A 216; 39 A 212; 42, 245; 45, 228; JFG 4, 381), nur Personen bestimmter Art oder Zahl wohnen dürfen (**RG** 111, 394; KGJ 36 A 216; 42, 245; RJA 10, 72). Die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks obliegende Unterlassungspflicht darf aber nur gerichtet sein auf Beschränkung in der tatsächlichen Herrschaft, d. h. in Handlungen, die sich als ein „Verfahren mit der Sache" im Sinne des § 903 darstellen (**RG** 111, 395; RJA 10, 74), auch wenn dadurch der Verpflichtete in seiner persönlichen oder gewerblichen Freiheit beschränkt wird (JFG 4, 382). Eine Beschränkung in der rechtlichen Verfügung über das Grundstück (z. B. ein Verbot der Teilung, der Verpachtung, der Nießbrauchsbestellung, der Übertragung des Eigentums an eine andere Person) kann den Inhalt einer Dienstbarkeit nicht bilden (OLG 21, 407; KGJ 45, 229; auch **RG** 111, 395). In einem Tun kann auch (§ 1018 A 4) eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht bestehen. Ein solches Tun (z. B. die Pflicht, eine Fähre dauernd zu unterhalten und im Betrieb zu erhalten) kann nur Gegenstand einer Reallast (§ 1105) sein (OLG 26, 101). Streitig ist, ob auch für diese Art der Dienstbarkeit (wegen der andern Art A 5) ein wirtschaftlicher Vorteil für den Berechtigten, an dessen Erreichung der Berechtigte ein privatrechtliches Interesse hat, unbedingtes Erfordernis ist. Aus § 1019, den § 1090 Abs 2 nicht mitanführt, ist dies nicht zu entnehmen (a. M. **RG** 61, 341). Einen rechtsschutzwürdigen Vorteil muß allerdings auch diese Dienstbarkeit nach allgemeinen Grundsätzen mit sich bringen. Und da nach § 1091 für den Umfang der Dienstbarkeit das durch sie zu befriedigende persönliche Bedürfnis des Berechtigten im Zweifel bestimmend sein soll, muß sich dieser Vorteil für den Berechtigten ergeben (**RG** 111, 392). Daß aber der Vorteil stets ein rein wirtschaftlicher, lediglich auf dem Gebiet des Privatrechts liegender sein muß, ist nicht anzuerkennen. Vielmehr ist nach Sinn und Zweck des Gesetzes, das nur allgemein eine „Befugnis" (zum Verbot der Vornahme einer Handlung auf dem belasteten Grundstück) erfordert, auch ein volks-, gemein- oder staatswirtschaftlicher Vorteil für genügend zu erachten, wenn er sich nur zur Verfolgung mit Rechtsbehelfen des Privatrechts eignet (**RG** 111, 392, wo die gegenteiligen Ausführungen in **RG** 61, 338 nicht aufrechterhalten werden; a. M. KGJ 36 A 217; 42, 246; 47, 186). Daher kann z. B. für einen Staat, der zur Beförderung der Bebauung eines Grundstücks mit Landarbeiterwohnhäusern ein Darlehn hingibt, eine Dienstbarkeit des Inhalts bestellt werden, daß die Wohnhäuser nur von Landarbeitern deutscher Staatsangehörigkeit und deren Familien bewohnt werden dürfen (**RG** 111, 384). Zu unbestimmt und deshalb nicht eintragungsfähig ist dagegen die Bestimmung, daß die Wohnungen „nur von deutschstämmigen Landarbeiterfamilien" benutzt werden dürfen (**RG** Warn 1927 Nr 143). Zulässig ist die Bestellung einer Dienstbarkeit mit dem Inhalt einer Wohnungsbeschränkung zugunsten eines Bauvereins, der den gemeinnützigen Zweck verfolgt, unbemittelten Personen gesunde Wohnungen zu beschaffen (RJA 10, 72). Die dem Rentengutserwerber (Preuß. RentengutsGes v. 27. 6. 1890) auferlegte Verpflichtung, das Grundstück selbst zu bewohnen und zu bewirtschaften, fällt nicht unter § 1090 und ist überhaupt nicht eintragungsfähig (JW 1933, 701[1]).

7. Entsprechende Anwendung finden: die **§§ 1020** Satz 1 (Schonung der Interessen des Eigentümers bei Ausübung der Dienstbarkeit); **1020** Satz 2, **1021**, **1022** (Unterhaltungspflicht

einer zur Ausübung der Dienstbarkeit gehörenden Anlage); **1023** (Verlegung der Dienstbarkeit, wenn deren jeweilige Ausübung sich auf einen Grundstücksteil beschränkt), **1024** (Regelung der Ausübung der Dienstbarkeit beim Zusammentreffen mit anderen Dienstbarkeiten oder sonstigen Benutzungsrechten); **1026** (Freiwerden der Grundstücksteile, die außerhalb des Bereichs der auf einen bestimmten Teil beschränkten Ausübung der Dienstbarkeit liegen, im Falle der Teilung des belasteten Grundstücks); **1027** (Klage aus § 1004 wegen Beeinträchtigung der Dienstbarkeit: **RG** 77, 218; § 1027 A 4); **1028** (Verjährung des Anspruchs und Untergang der Dienstbarkeit im Falle ihrer Beeinträchtigung durch eine Anlage); **1029** (Besitzschutz für jeden, der sich in Ausübung einer eingetragenen Dienstbarkeit befindet, ohne daß er selbst im Grundbuch eingetragen zu sein braucht; dazu die Übergangsvorschriften in Art 191 EG); **1061** (Untergang der Dienstbarkeit durch Tod der natürlichen oder Erlöschen der juristischen Person). Wann eine aus der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit berechtigte juristische Person endet, bestimmt sich nach den für sie geltenden Vorschriften. Durch Konkurseröffnung erlischt eine Genossenschaft nach §§ 98ff. GenG (RJA 10, 195), nicht dagegen eine Aktiengesellschaft (§ 307 Abs 2 HGB; RJA 10, 195) und eine Gesellschaft m. b. H. (§ 60 Nr 4 GmbHG; RJA 10, 195; OLG 26, 100). Die letzteren Gesellschaften bleiben bis zur völligen Aufteilung ihres Vermögens bestehen; bis dahin besteht mithin auch eine für sie bestellte Dienstbarkeit trotz der Konkurseröffnung (OLG 26, 100). Ist eine Gemeinde oder ein Staat Rechtsinhaber, so hört die Dienstbarkeit durch Einverleibung in eine andere Gemeinde oder einen andern Staat nicht auf. Denn diese juristischen Personen gehen durch die Einverleibung nicht unter, sondern erfahren nur eine Umwandlung, die gleichzustellen ist einer Organisationsveränderung öffentlicher Verbände (JFG 3, 333). Ebenso erlischt auch die für eine Aktiengesellschaft bestellte Dienstbarkeit nicht dadurch, daß die Aktiengesellschaft mit einer andern ohne Liquidation gemäß § 306 HGB verschmolzen wird. Denn auch hier erfährt die berechtigte Aktiengesellschaft, wenn auch ihr gesamtes Vermögen wie bei einer Erbfolge auf die übernehmende Aktiengesellschaft übergeht, nur eine Umwandlung, indem sie fortan ein Teil der übernehmenden Aktiengesellschaft ist (a. M. über das Erlöschen des Nießbrauchs in einem solchen Falle **RG** 123, 294; KGJ 51, 262).

§ 1091

Der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten [1]).

E I 1046 II 1000; M 3 567; P 3 436.

1. Da **das persönliche Bedürfnis des Berechtigten** nur **im Zweifel** maßgebend sein soll, gibt § 1091, abweichend von § 1019, lediglich eine Auslegungsregel. Der Umfang der Dienstbarkeit kann also durch Vereinbarung der Beteiligten so bestimmt werden, daß er das persönliche Bedürfnis des Berechtigten überschreitet oder auch hinter ihm zurückbleibt (**RG** 60, 320; RJA 7, 257; OLG 15, 372; KGJ 53, 158; § 1093 A 1). So kann z. B. bestimmt werden: daß die Entnahme von Bodenbestandteilen zum Verkauf im Gewerbebetriebe des Berechtigten soll stattfinden dürfen (**RG** 60, 319; RJA 7, 254); daß die Erwerber von Grund und Boden zugunsten einer Bodengesellschaft die Einrichtung öffentlicher Vergnügungs- oder Schankwirtschaften unterlassen sollen, damit dem Ortsteil ein ruhiger und vornehmer Charakter verschafft und so die Möglichkeit eines günstigeren Verkaufs der anderen Ländereien gewahrt wird (OLG 15, 372). Ferner ist das „persönliche Bedürfnis" des § 1091 im weiteren Sinne aufzufassen. Darunter fällt also auch z. B. das Bedürfnis der Haushaltung oder des Geschäftsbetriebs des Berechtigten (M 3, 567; RJA 7, 257; KGJ 53, 159). Bei der Bestellung einer Dienstbarkeit für mehrere Personen (§ 1090 A 4) kann bestimmt sein, daß jeder Berechtigte sie ganz oder zum Teil ausüben kann. Letzteres wird meist der Fall sein, wenn die Dienstbarkeiten in Nutzungen bestehen, die der Menge nach bestimmt sind.

§ 1092

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar [1]). Die Ausübung der Dienstbarkeit kann einem anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist [2]).

E I 1047 II 1001; M 3 567f.; P 3 436.

1. Die Dienstbarkeit ist **nicht übertragbar**. Das gilt z. B. auch für ein Ausgedinge, soweit es aus beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten besteht (KGJ 40, 250). Wegen der Nichtübertragbarkeit kann die Dienstbarkeit auch nicht mit einem Nießbrauch (§ 1069 Abs 2) oder mit einem Pfandrecht (§ 1274 Abs 2) belastet werden. Sie gehört daher auch nicht zur Konkursmasse des Berechtigten (§ 1 KO). Gepfändet kann sie nur werden, wenn die Überlassung der Ausübung gestattet ist (§ 857 Abs 3 ZPO; über die Pfändung von Altenteilen, die aus Dienstbarkeiten und

Reallasten gemischt sind: JW 1932, 1564[2]; HRR 1932 Nr 1003). Sie ist auch nicht vererblich (§§ 1090, 1061). Vgl. aber § 1090 A 3 über die Bestellung einer Dienstbarkeit für mehrere, die einander als Berechtigte folgen.

2. Die **Ausübung** der Dienstbarkeit kann **einem anderen** nur **überlassen** werden, wenn der Verpflichtete dies gestattet hat. Die Gestattung muß, um gegen Dritte Wirkung zu haben, gemäß § 873 im Grundbuch eingetragen sein. Dagegen ist die Überlassung durch den Berechtigten an einen anderen der Eintragung nicht fähig. Wird die Dienstbarkeit ohne Gestattung von einem Dritten ausgeübt, so hat der Eigentümer gegen diesen die Eigentumsstörungsklage gemäß § 1004 Abs 1. Aber auch wenn die Überlassung der Ausübung an einen anderen gestattet ist, erlangt dieser dadurch kein dingliches Recht. Er kann also die Ausübung nicht durch Klage gegen den Eigentümer erzwingen, sondern sich nur gegen dessen Klage mit der Einrede der Gestattung gemäß § 1004 Abs 2 schützen.

§ 1093

Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigentümers als Wohnung zu benutzen [1]). Auf dieses Recht finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften der §§ 1031, 1034, 1036, des § 1037 Abs 1 und der §§ 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 entsprechende Anwendung [2]).

Der Berechtigte ist befugt, seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen [3]).

Ist das Recht auf einen Teil des Gebäudes beschränkt, so kann der Berechtigte [4]) die zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen [5]).

E I 1050 II 1002; M 3 570 f.; P 3 437.

1. § 1093 ist durch die Mieterschutzgesetzgebung nicht beseitigt worden. Der Vertrag auf Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit braucht nicht zur Umgehung der Mieterschutzgesetzgebung geschlossen zu sein (**RG** JRschRspr 1927 Nr 1524). — § 1093 betrifft den Fall, daß dem Berechtigten ein Gebäude oder Gebäudeteil als **Wohnung unter Ausschluß des Eigentümers zur Benutzung eingeräumt** ist. Ist der Eigentümer nicht ausgeschlossen, so finden nur §§ 1090 bis 1092, nicht 1093 Anwendung (HRR 1929 Nr 906). Das Wohnungsrecht kann unentgeltlich oder gegen Entgelt, auch gegen jährliche Zahlung einer bestimmten oder nach dem jeweiligen Mietwert der Wohnung zu bestimmenden Geldsumme eingeräumt werden (**RG** 54, 233; JW 1923, 760[2]; OLG 43, 8). Der Berechtigte ist aber nur schuldrechtlich zur Zahlung des Entgelts verpflichtet. Jedoch kann die Beendigung des Wohnungsrechts an die auflösende Bedingung der Nichtzahlung des Entgelts geknüpft werden (OLG 43, 9). Die Aufwertung des Entgelts erfolgt nach § 242; dabei kann ein Mietzinsindex herangezogen werden (**RG** 24. 1. 29 VIII 329/28). Zulässig ist die Bestimmung, daß der Berechtigte einen Teil der Wohnräume erweitern und dem Eigentümer selbst Räume vermieten darf (OLG 43, 9). Wird aber bei der Bestellung des Wohnungsrechts bedungen, daß die Vorschriften über ein Mietverhältnis darauf Anwendung finden sollen, so ist das Recht in Wahrheit ein Mietrecht und deshalb nicht eintragungsfähig (KGJ 24 A 121; 53, 160). Im übrigen ist es Sache der Auslegung, ob ein schuldrechtliches Mietverhältnis oder ein dingliches Wohnungsrecht von den Beteiligten vereinbart ist (**RG**SeuffA 86 Nr 117). Soweit nicht Bestimmungen getroffen sind, die mit einem dinglichen Wohnungsrecht unvereinbar sind, steht der Annahme eines solchen an sich nichts im Wege (**RG** HRR 1929 Nr 907). Bei unzweifelhaft feststehender Ernstlichkeit des Willens der Beteiligten, ein dingliches Recht zu begründen, wird die Vereinbarung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch nicht dadurch hinfällig, daß neben ihr noch weitergehende schuldrechtliche Verpflichtungen begründet sind (**RG** HRR 1929 Nr 602). Über die Möglichkeit der Auslegung der Eintragung zur Bestimmung des Inhalts des eingetragenen Rechts vgl. § 873 A 7a gegen Ende. — Vom Nießbrauch unterscheidet sich das Wohnungsrecht dadurch, daß bei diesem nur eine bestimmte Art der Nutzung eingeräumt wird, während der Nießbrauch begrifflich alle Nutzungen umfaßt, von denen nur einzelne ausgenommen sein können. — Die Gewährung einer Wohnung kann auch als Reallast (§ 1105) begründet sein (z. B. wenn ein Mitbenutzungsrecht eingeräumt ist) oder als persönliche Verpflichtung bestehen (**RG** Warn 09 Nr 69) oder mit einer Reallastberechtigung (z. B. einem Beköstigungsrecht oder einem Recht auf Leistung von Naturalien, Stellung von Fuhren u. dgl., wie bei einem Altenteil) verbunden sein (**RG** Gruch 46, 131; RJA 4, 181; KGJ 53, 168). Im einzelnen Falle ist zu untersuchen, was unter Wohnungsrecht verstanden ist. — Ein Gebäude oder Gebäudeteil muß als Wohnung eingeräumt sein, nicht z. B. als Fabrikraum. Doch kann der Wohnungs-

berechtigte in der Wohnung seine Geschäfte verrichten (KGJ 53, 159). Auch kann ihm gestattet sein, einen Teil der Räume zu gewerblichen Zwecken zu benutzen (**RG** HRR 1932 Nr 1660). Soll aber ein Gebäude lediglich Geschäftszwecken des Berechtigten dienen, so kann es sich nur um eine gewöhnliche beschränkte Dienstbarkeit handeln, die nach § 1090 darin bestehen kann, daß der Berechtigte befugt ist, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen (KGJ 53, 159). Auf eine solche Dienstbarkeit findet dann § 1093 keine Anwendung. — Nicht erforderlich ist, daß die Dienstbarkeit einem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten dient. Nach § 1091 bestimmt sich nur der Umfang der Dienstbarkeit im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten (KGJ 53, 158; § 1091 A 1). Daher kann auch eine juristische Person Berechtigte sein, obwohl sie selbst von dem Wohnungsrecht keinen Gebrauch machen kann. Sie übt das Wohnungsrecht aus, indem sie natürlichen Personen (z. B. eine Aktiengesellschaft ihren Angestellten) die Räume zum Wohnen überläßt (KGJ 53, 158), vorausgesetzt, daß sie hieran ein privatrechtliches Interesse hat (**RG** 61, 338; KGJ 53, 158). — Die im § 1093 für das Wohnungsrecht gegebene Regelung ist nicht zwingend. Das Wohnungsrecht ist hier nur als ein besonderer Fall der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit hervorgehoben. Daneben finden die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1090—1092 Anwendung. Daher können die Beteiligten in den Grenzen dieser allgemeinen Bestimmungen die Vorschriften des § 1093 durch Vereinbarung abändern (JFG 1, 410). So kann z. B. nach der gemäß § 1090 Abs 2 entsprechend anzuwendenden, für die Grunddienstbarkeit gegebenen Vorschrift des § 1021 in Abweichung von der gemäß § 1093 Abs 1 Satz 2 entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 1041 (A 2) bestimmt werden, daß eine zur Ausübung des Wohnungsrechts gehörende Anlage auf dem belasteten Grundstück (z. B. eine in den Wohnräumen befindliche Wasserzufluß- und Abflußanlage) vom Grundstückseigentümer zu unterhalten ist, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert (JFG 1, 409). Dagegen kann es nicht als Begründung lediglich eines Wohnungsrechts erachtet werden, wenn dem Grundstückseigentümer allgemein die Verpflichtung zur Unterhaltung des als Wohnung zu benutzenden Gebäudes oder Gebäudeteils selbst auferlegt wird. Denn das Gebäude oder der Gebäudeteil ist nicht als eine zur Ausübung des Wohnungsrechts gehörende besondere Anlage anzusehen. Vielmehr handelt es sich bei einer solchen Festsetzung tatsächlich um die Begründung eines Mietrechts oder einer Reallast (KGJ 24 A 122). Die Unübertragbarkeit des Wohnungsrechts (§ 1092 Abs 1) steht nach JFG 9, 176 trotz der Vorschrift des § 1439 einer Verfügung des Ehemanns über ein für beide Eheleute bestelltes Wohnungsrecht bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht entgegen.

2. Aus der **entsprechenden Anwendung** der im Abs 1 Satz 2 genannten, für den Nießbrauch geltenden Vorschriften ergibt sich: Das Wohnungsrecht erstreckt sich im Zweifel auch auf das Zubehör **(§ 1031)**. Der Berechtigte kann den Zustand des Gebäudes durch Sachverständige feststellen lassen **(§ 1034)**, ist zum unmittelbaren Besitz des Gebäudes oder Gebäudeteils berechtigt, hat nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren **(§ 1036)**, darf das Gebäude oder den Gebäudeteil nicht verändern oder wesentlich umgestalten **(§ 1037 Abs 1)**, hat die gewöhnliche Unterhaltungspflicht **(§ 1041)**, die Anzeigepflicht bei Schäden usw. **(§ 1042)** und die Pflicht zur Gestattung der Ausbesserung und Erneuerung **(§ 1044)**. Eine Verpflichtung, die Verwendung der im § 1043 bezeichneten Bestandteile des Grundstücks dem Eigentümer zu gestatten (§ 1044 Schlußhalbs), kommt hier nicht in Frage, weil § 1043 auf das Wohnungsrecht nicht Anwendung findet. Für Verwendungen, die der Wohnungsberechtigte machte, ohne dazu verpflichtet zu sein, kann er Ersatz verlangen; eine Einrichtung, mit der er das Gebäude versah, darf er wegnehmen **(§ 1049)**. Veränderungen und Verschlechterungen, die durch ordnungsmäßige Ausübung des Wohnungsrechts herbeigeführt sind, hat er nicht zu vertreten **(§ 1050)**. Die Ansprüche des Eigentümers wegen Veränderung oder Verschlechterung des Gebäudes und die des Berechtigten auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in 6 Monaten **(§ 1057)**. Die Aufhebung des Wohnungsrechts an einem Gebäude oder Gebäudeteil durch Rechtsgeschäft hat auch die Aufhebung des Wohnungsrechts an dem Zubehör zur Folge **(§ 1062)**. Die Pflicht der Zurückgabe der Sache nach Beendigung des Wohnungsrechts (§ 1055) ergibt sich aus der Natur dieses Rechts. An Stelle der §§ 1059, 1060, 1061, 1065 treten §§ 1090 Abs 2, 1092 in Verbindung mit §§ 1024, 1027, 1061. **Es finden nicht entsprechende Anwendung:** §§ 1045, 1046 (Versicherungspflicht des Nießbrauchers), 1051—1054 (Recht des Eigentümers auf Sicherheitsleistung, Anordnung einer Verwaltung, Unterlassung eines unzulässigen Gebrauchs), 1056 (Dauer des Mietvertrags über die Beendigung des Nießbrauchs hinaus), 1058 (durch das Wohnungsrecht entstehen also nur Rechte und Pflichten zwischen dem Wohnungsberechtigten und dem Eigentümer, nicht auch dem Besteller, falls dieser nicht Eigentümer ist).

3. Welche **Personen** zur Familie gehören oder zur standesmäßigen Bedienung und Pflege erforderlich sind und daher **in die Wohnung aufgenommen** werden dürfen, bestimmt sich im einzelnen Falle nach der Auffassung des Lebens (SeuffA 1 Nr 250; 13 Nr 50; 20 Nr 237). Zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Überlassung der Wohnung oder eines Teiles daran an andere als die im Abs 2 bezeichneten Personen ist der Berechtigte nur gemäß § 1092 Satz 2 befugt, also wenn die Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit insoweit gestattet worden ist (JW 1923, 760[2]). Jedoch unterliegt die Vorschrift des Abs 2 ebenso wie die des Abs 1 und des Abs 3 der Ab-

änderung durch Vereinbarung der Beteiligten. Diese Vereinbarung bedarf aber zur dinglichen Wirkung der besonderen Einschreibung in das Grundbuch.

4. Nicht bloß der **Berechtigte**, sondern auch die nach Abs 2 mit aufgenommenen Personen sind zur Mitbenutzung der Anlagen und Einrichtungen befugt.

5. Wegen der Landesgesetzgebung vgl. § 1090 A 1 und Art 96 EG (Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils-, Auszugsverträge), wegen Übergangsvorschriften ebenfalls § 1090 A 1. Insbesondere gilt das, was dort über die Notwendigkeit und Zulässigkeit der Eintragung einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bemerkt ist, auch für das Wohnungsrecht (**RG** Gruch 46, 131).

Sechster Abschnitt

Vorkaufsrecht

§ 1094

Ein Grundstück [1]) kann in der Weise [2]) belastet werden [3]), daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer [4]) gegenüber zum Vorkaufe berechtigt ist [5]).

Das Vorkaufsrecht kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden [6]).

E I 952 II 1003; M 3 448ff., 452; P 3 752ff.

1. Im Gegensatz zum persönlichen Vorkaufsrecht (§ 504 „Gegenstand") kann das dingliche Vorkaufsrecht nur an einem **Grundstück** bestellt werden, nicht an beweglichen Sachen. Dem Grundstück stehen gleich die Berechtigungen mit Grundstücksnatur, wie das Erbbaurecht (VO v. 15. 1. 19 § 11) und die in den Artt 63, 68 EG bezeichneten Rechte. Wegen des dinglichen Vorkaufsrechts an einem Bruchteil oder an einer bestimmten Teilfläche (realem Teil) eines Grundstücks vgl. § 1095 A 1, 2.

2. § 1094 bestimmt nur im allgemeinen **die Art und Weise** der aus der Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts sich ergebenden Grundstücksbelastung. Zu seiner Ergänzung enthalten die §§ 1097, 1098 Einzelvorschriften über den zulässigen Inhalt der Belastung.

3. Gemeint ist eine **Belastung durch Rechtsgeschäft** (§ 873 A 5). Durch Ersitzung kann ein dingliches Vorkaufsrecht nicht begründet werden (§ 900). Ein **gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht** kennt das BGB nicht. Zwar steht den Miterben gemäß §§ 2034ff. ein gesetzliches Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung zu, doch nur an dem Nachlaßanteil eines anderen Erben, nicht an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Im öffentlichen Interesse sind gesetzliche Vorkaufsrechte reichsgesetzlich gewährt: den gemeinnützigen Siedlungsunternehmungen im Falle des Verkaufs landwirtschaftlicher Grundstücke (mit Vorrang vor allen andern eingetragenen und gesetzlichen Vorkaufsrechten) durch §§ 4ff. Reichssiedlungsges. v. 11. 8. 1919 (**RG** 105, 359; 108, 66; 108, 91; 110, 328; 110, 409; 114, 158; 120, 144; 136, 52; KGJ 53, 161; JFG 1, 417; 2, 335); den Ausgebern von Heimstätten im Falle der Veräußerung (auch im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter) von Heimstätten durch die Heimstätter gemäß § 11 Reichs-Heimstättenges. v. 10. 5. 1920. Diese reichsgesetzlichen Vorkaufsrechte haben, abgesehen von Sonderbestimmungen, die Wirkungen rechtsgeschäftlicher dinglicher Vorkaufsrechte (**RG** 110, 336; KGJ 53, 161; JFG 1, 417; für Bayern OLG 41, 32). Ferner können in den durch das EG der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten, z. B. im Bergrecht (Art 67), im Enteignungsrecht (Art 109; vgl. § 57 PrEnteignG v. 11. 6. 1874, dazu **RG** 35, 306; 73, 316), im Familienfideikommißrecht (Art 59), im Anerbenrecht (Art 64), auf Grund bestehender oder später erlassener (Artt 3, 128 EG) landesgesetzlicher Vorschriften gesetzliche Vorkaufsrechte begründet werden (über Familienvorkaufs-, Retrakt-, Näherrechte vgl. **RG** JW 1912, 196[18]; KGJ 50, 182). Weiter gibt es landesgesetzliche Bestimmungen, die ein allgemeines gesetzliches Vorkaufsrecht an Grundstücken zugunsten öffentlich-rechtlicher juristischer Personen (Staat, Gemeinden) eingeführt haben (z. B. bayer. Ges. über die Güterzertrümmerung v. 13. 8. 1910, sächs. und thüring. Ges. über den Verkehr mit Grundstücken v. 20. 11. 1920 und 16. 5. 1923). Diese Bestimmungen finden die Grundlage für ihre Gültigkeit sowohl in Art 109 wie in Art 119 Nr 1 in Verbindung mit Art 3 EG. Denn sie enthalten einerseits eine Beschränkung des Eigentums im öffentlichen Interesse, anderseits eine Beschränkung der Veräußerungsbefugnis (**RG** 107, 268; 112, 77). Bedenken gegen ihre Gültigkeit sind allerdings zu erheben, wenn sie eine Entziehung des Eigentums, also eine Enteignung enthalten (wenn z. B. das Vorkaufsrecht trotz Nichtigkeit des Kaufvertrags soll ausgeübt werden dürfen) und keine angemessene Entschädigung (Art 153 Abs 2 Satz 2 RVerf) dafür gewähren (**RG** 112, 67). Wegen der Aufhebung gesetzlicher Vorkaufsrechte

in Preußen: § 2 Nr 6, § 4 Ablösungsges. v. 2. 3. 1850; RG 5, 223; JW 1910, 846[93]; 1912, 196[18]. — Zur Belastung mit einem dinglichen **Vorkaufsrecht im Sinne des § 1094** kann besonders bei Veräußerungen, aber auch in andern Fällen (z. B. für den Mieter oder Pächter) Veranlassung gegeben sein (RG 59, 133; 60, 225; 67, 42). Die Belastung entsteht gemäß § 873 durch dingliche Einigung und Eintragung (RG 125, 262). Der zur Bestellung des Vorkaufsrechts Berechtigte im Sinne des § 873 Abs 1 ist der Grundstückseigentümer. Bestellt aber ein Käufer des Grundstücks vor der Auflassung ein Vorkaufsrecht, so wird die Einigung zwischen ihm und dem Verkäufer durch spätere Eintragung seines Eigentums gemäß § 185 Abs 2 wirksam (RG 77, 87). In dem Eintragungsvermerk kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes gemäß § 874 auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (Prot 3, 762). Für die Einigung gilt hier nichts anderes als sonst für die zur jeder Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht erforderlichen Einigung. Insbesondere bedarf sie nicht einer Form (RG 110, 335; 125, 262). Anders aber liegt die Sache bei dem Grundrechtsgeschäft, wodurch die Verpflichtung zur Bestellung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstück begründet wird (§ 873 A 7b, c). Der Vertrag, der diese Verpflichtung wirksam herbeiführen soll, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 313 Satz 1, gleichviel ob er ein persönliches Vorkaufsrecht nach §§ 504 ff. (RG 72, 385; 137, 33) oder ein dingliches Vorkaufsrecht nach §§ 1094 ff. (RG 110, 333; 125, 261) zum Gegenstand hat. Die in den früheren Auflagen vertretene abweichende Ansicht wird aufgegeben. Zwar ist der Vertrag, der zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts am Grundstück verpflichtet, noch nicht unmittelbar auf die Übertragung des Eigentums gerichtet, sondern zunächst darauf, eine Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Recht herbeizuführen. Mittelbar aber wird durch die Einräumung des Vorkaufsrechts doch schon im voraus die entscheidende Grundlage gelegt für die spätere Verpflichtung auch des Bestellers zur Eigentumsübertragung an den Vorkaufsberechtigten, der sein Recht ausübt. Ist diese Verpflichtung zunächst auch nur eine bedingte, so rechtfertigt sie doch die Anwendung des § 313 auf den Begründungsvertrag. Entbehrt der Vertrag der Form des Satz 1 § 313, so wird der Mangel durch nachträgliche Einigung und Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts nach Satz 2 § 313 geheilt (RG 125, 261; vgl. für das Wiederkaufsrecht RG Warn 1921 Nr 122). Die Rechtslage beim testamentarischen Vorausvermächtnis (§ 2150) eines Vorkaufsrechts für einen Miterben an einem Nachlaßgrundstück behandelt RG 108, 84. — Für die rechtsgeschäftliche Aufhebung und Änderung des Inhalts des dinglichen Vorkaufsrechts sind die §§ 875, 876, 877 maßgebend (vgl. § 21 GBO). Über das Erlöschen des subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts durch Ausschließung: § 1104; über das Erlöschen des nur für einen Verkaufsfall bestehenden Vorkaufsrechts durch Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks und durch Verwirkung der Ausübung: § 1097 A 1, 2. Wegen der Übertragbarkeit und Vererblichkeit vgl. § 1098 A 2, § 1103 A 1.

4. Unter dem vorkaufsverpflichteten **Eigentümer** ist der ursprüngliche Eigentümer zu verstehen, wenn das Vorkaufsrecht nur für einen Verkaufsfall besteht (§ 1097 Halbs 1). Ist aber das Vorkaufsrecht für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt (§ 1097 Halbs 2), so ist vorkaufsverpflichtet der jeweilige Eigentümer, der einen Kaufvertrag über das Grundstück mit einem Dritten abschließt (§ 1097 A 1, 4; § 1098 A 1).

5. **Zum Vorkauf berechtigt** kann auch eine juristische Person sein. Das Vorkaufsrecht ist gegenüber dem vorkaufsverpflichteten Eigentümer eine Grundstücksbelastung, kraft deren für den Fall des Abschlusses eines Kaufvertrags zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten der Berechtigte befugt ist, in den Kaufvertrag in dem Sinne einzutreten, daß der Kauf als zwischen ihm und dem Verpflichteten unter den mit dem Dritten vereinbarten Bestimmungen zustande gekommen gilt (§§ 505, 1098). Daher ist es, wie bei der Hypothek (§ 1132 A 4), unzulässig, im Range nach einem bereits eingetragenen Vorkaufsrecht ein zweites Vorkaufsrecht für denselben Berechtigten zu begründen (RJA 16, 302). Ein Veräußerungsverbot (§§ 135 ff.) mit der Wirkung der Sperre des Grundbuchs enthält das dingliche Vorkaufsrecht nicht. Der Eigentümer ist an Veräußerungen und Belastungen nicht gehindert (§ 1098 A 5). Gegenüber dritten Erwerbern nach Abschluß eines Kaufvertrags hat aber das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung (§ 1098 Abs 2 und A 5 dort). Von dem Wiederkaufsrecht (§§ 497—503) unterscheidet es sich besonders dadurch, daß bei ihm die Festsetzung eines bestimmten Kaufpreises nicht zulässig ist (§ 1098 A 2), während das Wiederkaufsrecht die Rücküberlassung für einen bestimmten Preis zum Ziele hat. Letzteres Recht kann auch nach BGB als dingliches überhaupt nicht bestellt werden (M 3, 451; Prot 3, 766). In den durch das EG der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten, z. B. im Rentengüterrecht (Art 62), können aber durch Landesgesetz dingliche Wiederkaufsrechte zugelassen werden (RG 84, 100; KGJ 45, 225; 50, 178). In JFG 1, 424 ist die Eintragungsfähigkeit eines bei der Rentengutsgründung nach dem preuß. Ges. v. 7. 7. 1891 zugleich bestellten Wiederkaufsrechts nach § 20 RSiedlG v. 11. 8. 1919 erörtert. Hierher zu zählen sind auch die Heimfallansprüche nach § 32 ErbbaurechtsVO und §§ 12 ff. RHeimstätten G v. 10. 5. 1920. Über die Unzulässigkeit der Verdinglichung eines Ankaufsrechts durch Eintragung vgl. Vorbem 2 Abs 2 vor § 873, über die Zulässigkeit von Vormerkungen zur Sicherung eines persönlichen Vorkaufsrechts, eines Wiederkaufsrechts und eines Ankaufsrechts § 883 A 10. — Für die Übergangszeit s. Artt 168, 184, 189 EG. Be-

stehende dingliche Vorkaufsrechte des bisherigen Rechts, die nicht eingetragen sind, bedürfen zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung, da eine dem Art 187 EG entsprechende Vorschrift für Vorkaufsrechte nicht gegeben ist. Auf Miteigentum oder Gemeinschaft beruhende dingliche Vorkaufsrechte des bisherigen Rechts sind mit dem Inkrafttreten des BGB aufgehoben (Artt 173, 181 EG).

6. Das **zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks** bestellte (subjektiv-dingliche) Vorkaufsrecht kann gemäß § 9 Abs 1 GBO auch auf dem Grundbuchblatt des berechtigten Grundstücks vermerkt werden. Wird das berechtigte Grundstück geteilt, so ist das Recht von allen Teileigentümern gemeinschaftlich und im ganzen auszuüben (§ 1103 A 1). Haben die Beteiligten bei der Bestellung des Vorkaufsrechts übereinstimmend gewollt und erklärt, daß das Vorkaufsrecht nur für eine bestimmte Einzelperson begründet werde, hat aber das Grundbuchamt, etwa aus Irrtum über die Bedeutung der Einigungserklärung oder aus Versehen, die Eintragung in das Grundbuchblatt über das belastete Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks bewirkt, so besteht zwar das Vorkaufsrecht zu Recht, aber nur als subjektiv-persönliches, nicht als subjektiv-dingliches. Denn durch die Einigung ist die Begründung des Rechts auf die bestimmte Person begrenzt und nicht auf den jeweiligen Eigentümer des andern Grundstücks erstreckt worden (**RG** 104, 317, eine Entscheidung, die allerdings ein vor dem 1. 1. 1900 eingetragenes Vorkaufsrecht betrifft, deren Ergebnis sich aber insoweit auch für das Recht des BGB durch einschränkende Auslegung der Eintragung halten lassen würde). Erwirbt jedoch demnächst ein Dritter das Grundstück, das nach der Eintragung auf dem Grundbuchblatt über das belastete Grundstück berechtigt ist, durch Rechtsgeschäft und in gutem Glauben an die Richtigkeit der Eintragung, so erlangt er gemäß § 892 auch dann, wenn die Berechtigung auf dem Grundbuchblatt über das erworbene Grundstück nicht vermerkt ist, das Vorkaufsrecht als ein dem erworbenen Grundstück zustehendes. Denn nach der maßgebenden Eintragung auf dem belasteten Grundstück ist das Vorkaufsrecht Bestandteil des erworbenen Grundstücks (§ 96), dessen rechtsgeschäftlicher Erwerb somit diesen Bestandteil mit umfaßt (**RG** 104, 139).

§ 1095

Ein Bruchteil eines Grundstücks [1]) kann mit dem Vorkaufsrechte nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht [2]).

E I 953 II 1004; M 3 454; P 3 763.

1. Aus dem Worte „**Bruchteil**" folgt, daß ein Vorkaufsrecht an dem Anteil eines Gesamthandeigentümers (z. B. eines Miterben, eines Gesellschafters) nicht bestellt werden kann (RJA 3, 43; 3, 92). Eine bestimmte Teilfläche (realer Teil) eines Grundstücks kann für sich allein mit einem Vorkaufsrecht belastet werden, da die Grundstücksteile nicht wesentliche Bestandteile (§ 93) sind. Der Teil ist dann aber gemäß §§ 4, 6 GBO als selbständiges Grundstück zu buchen. Die Belastung des ganzen Grundstücks mit einem auf einen bestimmten Teil beschränkten Vorkaufsrecht ist nicht zulässig, da eine Berechtigung zum Vorkauf im Sinne des § 1094 bezüglich der anderen Teile nicht bestehen soll und nicht besteht (str.; a. M. RJA 2, 104).

2. Da nur der **Anteil eines Miteigentümers** (§§ 741, 747, 1008) belastet werden darf, kann weder der Alleineigentümer an einem Bruchteil seines Grundstücks noch der Miteigentümer an einem Bruchteil seines Anteils ein Vorkaufsrecht bestellen (M 3, 454; RJA 3, 104). Gleiches gilt für die Reallast (§ 1106) und die Hypothek (§ 1114). Anders beim Nießbrauch (§ 1030 „Sache"). Nach § 1009 ist ein Vorkaufsrecht an dem Anteil des Miteigentümers auch zugunsten des anderen Miteigentümers zulässig.

§ 1096

Das Vorkaufsrecht kann auf das Zubehör [1]) erstreckt werden [2]), das mit dem Grundstücke verkauft wird [3]). Im Zweifel [2]) ist anzunehmen, daß sich das Vorkaufsrecht auf dieses Zubehör erstrecken soll.

E II 1005; P 3 761ff.

1. Das **Zubehör** (§§ 97, 98) braucht nicht im Eigentum des Vorkaufspflichtigen gestanden zu haben. Denn wenn der Verpflichtete das ihm nicht gehörende Zubehör mitverkauft hat, kann der Berechtigte beim Eintritt in den Kauf ebenso wie der Käufer Verschaffung des Eigentums an allen mitverkauften Zubehörstücken vom Verpflichteten verlangen (Prot 3, 762). Der Berechtigte erlangt das Eigentum an dem dem Verpflichteten gehörenden Zubehör gemäß § 926 Abs 1 mit der Auflassung, an dem nicht dem Verpflichteten gehörenden Zubehör gemäß § 926 Abs 2 mit dem Besitzerwerb in gutem Glauben.

2. Die **Erstreckung** kann bei der Bestellung des Vorkaufsrechts von den Beteiligten besonders vereinbart werden (Satz 1). Entsprechend dem § 314 gilt sie im Zweifel als vereinbart (Satz 2).

Sie ist weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig, da das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über Zubehörstücke Auskunft zu geben (str.).

3. Auf das Zubehör, das nicht zusammen **mit dem Grundstück verkauft** wird, erstreckt sich das Vorkaufsrecht nicht.

§ 1097

Das Vorkaufsrecht beschränkt sich¹) auf den Fall des Verkaufs²) durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben³); es kann jedoch auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt werden⁴).

E I 952 II 1006; M 3 452; P 3 757; 6 245.

1. **Das Vorkaufsrecht beschränkt sich** mangels einer anderen Bestimmung der Beteiligten **auf den einmaligen Verkaufsfall,** d. h. auf den Verkauf **durch den Eigentümer, dem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört.** Es erlischt also, wenn es bei der ersten Verkaufsgelegenheit seit der Bestellung nicht oder nicht rechtzeitig ausgeübt wird (§§ 510, 1099) oder wenn das Grundstück in das Eigentum eines Sondernachfolgers gelangt, dessen Erwerb auf einem anderen Rechtsgrunde als Kauf (z. B. auf Tausch, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, Überweisung bei Aufhebung einer Gemeinschaft) beruht (KGJ 40 A 134; OLG 41, 21; § 1098 A 2). Der Eigentümer kann dann die Berichtigung seines Grundbuchs durch Löschung verlangen (§§ 894, 899; GBO § 22; OLG 41, 22). Auch wenn der Eigentümer oder sein Erbe das Grundstück demnächst wiedererlangt, lebt das Recht nicht wieder auf. Das Gesetz gestattet jedoch, das **Vorkaufsrecht auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle** zu bestellen (A 4). Mithin kann das Recht auch so bestellt werden, daß es zwar auf einen Verkaufsfall beschränkt wird, aber unabhängig davon, ob Verkäufer der Eigentümer ist, der das Recht bestellt hat, oder einer seiner Sondernachfolger (OLG 41, 23). Dann ist die Ausübung des Vorkaufsrechts im Falle des Verkaufs durch einen Sondernachfolger noch zulässig, wenn dieser das Grundstück aus einem andern Rechtsgrunde als durch Kauf von dem bestellenden Eigentümer erworben hat. Ist das auf mehrere Grundstücke sich erstreckende Vorkaufsrecht für den einmaligen Fall bestellt, daß die Grundstücke getrennt verkauft würden, hat dann der bestellende Eigentümer die Grundstücke zusammen verkauft und verkauft demnächst erst der Sondernachfolger (Käufer) eines der Grundstücke für sich allein, so ist nunmehr ein zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigender Verkaufsfall gegeben (OLG 41, 21).

2. Dem **Verkaufe** aus freier Hand steht gleich (**RG** 23, 357; 36, 358; JW 1897, 77[1]) die Zwangsversteigerung auf Antrag des Erben (§§ 175, 179 ZVG) und die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (§§ 180—184 ZVG). In diesen Verfahren ist die Geltendmachung des Vorkaufsrechts zulässig. Das nur auf einen Verkaufsfall gestellte Recht muß daher, wenn es nicht erlöschen soll, hier ausgeübt werden (M 2, 350). Dasselbe gilt nach § 1098 Abs 1 Satz 2 (anders als beim persönlichen Vorkaufsrecht nach § 512), wenn der Konkursverwalter das Grundstück aus freier Hand verkauft. Wenn dagegen der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter im Wege der Zwangsversteigerung nach §§ 172 ff. ZVG erfolgt, erlischt gemäß §§ 512, 1098 Abs 1 Satz 1 nicht nur das persönliche, sondern auch das dingliche einmalige Vorkaufsrecht. Ist zur Zeit der Konkurseröffnung das Grundstück bereits verkauft, erklärt aber der Konkursverwalter auf Grund des § 17 KO, den Verkauf nicht erfüllen zu wollen, so ist ein die Ausübung des Vorkaufsrechts auslösender Verkaufsfall nicht eingetreten.

3. Aus der Gleichstellung des **Verkaufs durch den Erben** mit dem Verkauf durch den Besteller ergibt sich, daß das Vorkaufsrecht auf der Seite des Verpflichteten vererblich ist. Jedoch ist eine (eintragungsbedürftige) Vereinbarung zulässig, daß das Vorkaufsrecht mit dem Tode des Bestellers erlöschen soll. Über die Vererblichkeit auf seiten des Berechtigten § 1098 A 2. Im Falle des Verkaufs an einen gesetzlichen Erben, sog. Kindskaufs, kann das einmalige Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden, auch dann nicht, wenn der Käufer demnächst weiterverkauft. Vielmehr erlischt es gemäß §§ 511, 1098, da es sich auf den Kindskauf nicht erstreckt (str.). Die Auslegungsregel des § 511 wird auch nicht dadurch schlechthin unanwendbar, daß der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht bewirkte Verkauf nicht nur an den gesetzlichen Erben als Käufer, sondern auch an dessen Ehegatten erfolgt, z. B. in der Weise, daß die Eheleute Käufer zu gleichen Anteilen sind. Denn als Vergünstigung des Erbberechtigten ist in aller Regel auch der Teil des Kaufgeschäfts gedacht und gewollt, zu dem dessen Ehegatte als Mitkäufer aufgetreten ist (**RG** JW 1925, 2128[17]).

4. Ist das Vorkaufsrecht durch besondere Vereinbarung **für mehrere oder für alle Verkaufsfälle** bestellt (**RG** 77, 84), so besteht es auch dann, wenn es in einem Verkaufsfalle nicht ausgeübt oder auf seine Ausübung in diesem Falle (durch Erlaßvertrag: § 1098 A 2) verzichtet wird, für spätere Fälle des Verkaufs seitens der neuen Eigentümer fort (**RG** JW 1911, 976[8]). Es kann aber auch dann, wenn es an sich gegen jeden Eigentümer wirkt, nur einmal wirksam ausgeübt werden, wogegen eine unwirksame Ausübungserklärung das Recht für künftige Verkaufsfälle

bestehen läßt (RG Gruch 72, 205). Im Falle des Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter gemäß §§ 172ff. ZVG (A 2) kann das Recht zwar gegenüber dem Ersteher nicht ausgeübt werden. Wenn es aber dem betreibenden Gläubiger im Range vorgeht und daher gemäß § 44 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmen ist, bleibt es für künftige Verkaufsfälle bestehen. Andernfalls erlischt es gemäß § 91 ZVG. Dann kann nur Ersatz des Wertes, falls sich ein solcher feststellen läßt (str.), aus dem Erlöse nach § 92 ZVG verlangt werden. Das Vorkaufsrecht kann auch unter zeitlicher Begrenzung für alle Verkaufsfälle eingeräumt werden (RG 108, 356). Die Vereinbarung des § 1097 Halbsatz 2 betrifft den Inhalt des dinglichen Rechts und bedarf daher gemäß §§ 873, 877 der Eintragung. Fehlt diese, so ist die Vereinbarung gegenüber einem Erwerber des Grundstücks auch dann nicht wirksam, wenn er sie gekannt hat, da das Grundbuch nicht im Sinne des § 892 unrichtig ist (str.). In RG 108, 356 ist angenommen, daß bei der Eintragung die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung wegen einer das Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle zeitlich begrenzenden Bestimmung gemäß § 874 zulässig sei. Diese Ansicht ist mit § 874 A 4 abzulehnen.

§ 1098

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten [1]) bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 504 bis 514 [2]). Das Vorkaufsrecht kann auch dann ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand verkauft wird [3]).

Dritten [4]) gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums [5]).

E I 954, 957, 958 II 1007; M 3 454f., 457, 460; P 3 757f., 761; 6 245f.

1. Dem **Rechtsverhältnisse zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten** wird durch Abs 1 Satz 1 in Ergänzung des § 1094 Abs 1 der nähere Inhalt gegeben. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem dritten Erwerber regelt sich nach den §§ 1099 bis 1102. Unter dem Verpflichteten versteht Abs 1 nicht nur den Besteller und seinen Erben, sondern auch die Sondernachfolger, gegenüber denen ein für mehrere Verkaufsfälle gemäß § 1097 Halbs 2 bestelltes Vorkaufsrecht wirksam ist.

2. Der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts soll **sich nach den Vorschriften der §§ 504—514 bestimmen.** Nun gehört aber das dingliche Vorkaufsrecht, wenn es auch nach § 1098 Abs 2 Dritten gegenüber nur die Wirkung einer Vormerkung hat (RG 84, 107; KGJ 51, 275), zum Kreise der dinglichen Rechte, und der Inhalt dinglicher Rechte unterliegt nicht der freien Vereinbarung. Deshalb sind die für das persönliche Vorkaufsrecht nur mangels anderer Vereinbarung geltenden Vorschriften der §§ 504—514 für das dingliche Vorkaufsrecht zwingend, so daß eine Erweiterung seines Umfangs darüber hinaus unwirksam ist (E I 959; Prot 3, 765; RG 72, 388; 110, 334; Warn 1914 Nr 50; KGJ 51, 275). Daher ist z. B. gegenüber der Vorschrift des § 505 Abs 2, wonach mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zustande kommt, unzulässig die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts mit der Festsetzung, daß von dem Berechtigten ein bestimmter Preis zu entrichten sei (RG 104, 123; Warn 1914 Nr 50; OLG 4, 69; 43, 219; RJA 5, 120; KGJ 43, 223; JFG 1, 286; 4, 347; SeuffA 59 Nr 56). Die Vereinbarung eines dinglichen Vorkaufsrechts mit festem Preise kann aber nach § 140 dahin umgedeutet werden, daß ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht und dessen Sicherung durch eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung vereinbart sei. Diese Umdeutung ist dann möglich, wenn anzunehmen ist, daß die Beteiligten bei Kenntnis der Nichtigkeit der das dingliche Vorkaufsrecht betreffenden Abrede ein durch Vormerkung zu sicherndes schuldrechtliches Vorkaufsrecht vereinbart haben würden. Denn bei einem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht ist die Vereinbarung eines festbestimmten Preises trotz der Vorschrift des § 505 Abs 2 nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auf dem Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse zulässig (RG 104, 122; JFG 4, 348), und gegen die Eintragung der Vormerkung für ein solches schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestehen keine Bedenken (§ 883 A 10). Im übrigen ist zu der Anwendung der §§ 504—514 zu bemerken: Nach **§ 504** ist zur Ausübung des Rechts erforderlich, daß über das belastete Grundstück oder einen Teil davon (M 2, 346) in gehöriger Form (§ 313) und auch sonst rechtsgültig ein Kaufvertrag abgeschlossen ist (RG 98, 47; 112, 71; Warn 1927 Nr 12; KGJ 53, 165; SeuffA 76 Nr 108). Der Kaufvertrag berechtigt auch dann, wenn er unter einer Bedingung geschlossen ist, zur Ausübung des Vorkaufsrechts. Denn auch ein bedingter Kauf ist ein fertiger, rechtsgültig geschlossener Kaufvertrag. Tritt der Vorkaufsberechtigte in den bedingten Kauf ein, so muß er es aber auf sich nehmen, daß möglicherweise die Bedingung gegen ihn ausfällt. Er muß auch, falls der Eintritt der Bedingung von ihm herbeigeführt werden kann,

das Erforderliche dazu leisten (RG 98, 49). Hängt der Kauf von der Genehmigung eines Dritten oder einer Behörde ab, so sind zwar die Beteiligten bis zur Entscheidung über die Genehmigung unter sich gebunden und können nicht einseitig von dem Vertrag zurücktreten. Bis zur Genehmigung liegt aber ein fertiger, rechtsgültiger Kaufvertrag noch nicht vor. Der Vorkaufsberechtigte ist daher während des Schwebezustandes zur Ausübung des Vorkaufsrechts und zum Eintritt in den Vertrag nicht berechtigt (RG 98, 49; 108, 94; 114, 158; KGJ 53, 165; SeuffA 76 Nr 108). Gemeint ist natürlich nur ein solcher Kaufvertrag, der erst nach der Begründung des Vorkaufsrechts abgeschlossen ist. Ein bereits vor der Entstehung des Vorkaufsrechts abgeschlossener Kaufvertrag, bei dessen Zustandekommen mit einem Vorkaufsrecht von den Beteiligten nicht gerechnet werden konnte, berechtigt nicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts (RG 105, 359, wonach die gemäß § 4 Satz 2 des Reichssiedlungsges. v. 11. 8. 1919 erfolgte Ausdehnung des Vorkaufsrechts gemeinnütziger Siedlungsunternehmen auf kleinere Grundstücke keine rückwirkende Kraft hat in Ansehung solcher Kaufverträge, die bereits abgeschlossen waren, als die Ausdehnung bestimmt wurde). Ein anderer entgeltlicher oder unentgeltlicher Vertrag (z. B. Tausch, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, Überweisung bei Aufhebung einer Gemeinschaft: RG JW 1895, 528[38]; § 1097 A 1) berechtigt zur Ausübung des Rechts nicht (RG 101, 101; JFG 1, 419). Das gesetzliche Vorkaufsrecht nach dem RSiedlG v. 11. 8. 1919 kann allerdings auch gegenüber einem Tauschvertrag ausgeübt werden (JFG 1, 417). Das Vorkaufsrecht nach BGB versagt auch gegenüber einer gemischten Schenkung, bei der schenkungshalber das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück zu einem im Einverständnisse beider Vertragschließenden unter dem Wert bemessenen Kaufpreise übertragen wird. Denn ein solcher Vertrag kann für die Frage der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht als Kauf gelten, da die Beteiligten darüber einig sind, daß die Veräußerung teilweise unentgeltlich erfolgt. Der Vorkaufsberechtigte kann daher das Vorkaufsrecht weder zu dem als Kaufpreis bezeichneten Betrage ausüben noch zu einem dem wahren Wert entsprechenden Preise, der ja in dem Vertrag, in den der Vorkaufsberechtigte gemäß § 505 Abs 2 einzutreten hätte, gar nicht als Vertragsbestimmung festgesetzt ist (RG 101, 101; JW 1925, 2128[17]). Über den sog. Kindskauf (**§ 511**) vgl. § 1097 A 3, über die Zwangsversteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter (**§ 512**) § 1097 A 2, 4. Ferner betreffen: **§ 506** unwirksame Vereinbarungen mit dem Dritten; **§ 507** vereinbarte Nebenleistungen, die der Vorkaufsberechtigte nicht zu bewirken vermag (ist das dingliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle bestellt, so wird durch den Ausschluß der Ausübung in diesem Verkaufsfalle nicht das Vorkaufsrecht für spätere Verkaufsfälle beseitigt: RG JW 1911, 976[8]); **§ 508** den Fall des sog. Mengekaufs (Gesamtpreis für das Grundstück und andere Gegenstände). Der Vorkaufsberechtigte hat beim Mengekauf einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten (RG JW 1911, 956[33]). Auch für das dingliche Vorkaufsrecht bedeutsame Einzelfragen aus den §§ 507, 508 behandeln die Entscheidungen RG 121, 137; 133, 76. Ferner regeln: **§ 509** die Stundung des Kaufpreises; **§ 513** das gemeinschaftliche Vorkaufsrecht mehrerer. Wegen aller Einzelheiten dieser Gesetzesvorschriften wird auf die Anmerkungen zu den erwähnten Paragraphen verwiesen. Über den Fall, daß mehreren deswegen das Vorkaufsrecht zukommt, weil beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht das herrschende Grundstück geteilt wird: § 1103 A 1. Für die nach **§ 510** Abs 1 von dem Verpflichteten unverzüglich (§ 121 Abs 1) zu erstattende, durch Mitteilung des Dritten ersetzbare (vgl. § 1099 Abs 1) Mitteilung vom Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrags gelten die §§ 130ff. Sie bedarf keiner Form; sie kann schriftlich oder mündlich erfolgen (KGJ 53, 165). Wenn dem Vorkaufsberechtigten eine vollständige Ausfertigung des unter den Kaufparteien geschlossenen Grundstückskaufvertrags zugesandt wird, genügt dies in der Regel (RG 108, 67; 108, 95). Macht sich jedoch wegen Unklarheiten der Vertragsurkunde oder aus sonstigen Gründen die Mitteilung weiterer Tatsachen erforderlich, um den Vorkaufsberechtigten in den Stand zu setzen, die Tragweite der Rechte und Verbindlichkeiten, in die er durch Ausübung des Vorkaufsrechts eintreten würde, zu erkennen, so ist er berechtigt, eine für seine Entschließung wesentliche weitere Auskunft zu verlangen (RG 108, 67). Verpflichtet zur entsprechenden Ergänzung der Mitteilung ist dann nur der Vorkaufsverpflichtete, nicht der Dritte (Käufer), der überhaupt zur Mitteilung nur berechtigt, nicht verpflichtet ist (RG 108, 68). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Erfordernis des Zugehens der Mitteilung als erfüllt gelten soll (§ 130), ist grundsätzlich der Vereinbarung zugänglich (RG 108, 96). Von der Mitteilung ab läuft gemäß § 510 Abs 2 für die Ausübung des Vorkaufsrechts die gesetzliche Frist von 2 Monaten (§§ 187, 188; RG 108, 95) oder die anderweit bestimmte Frist, deren Vereinbarung der Eintragung bedarf. Unterläßt der Verpflichtete die Mitteilung, so kann er sich schadensersatzpflichtig machen. Die Frist läuft dann nicht. Die Vorkaufsberechtigung dauert fort; sie ist zufolge der Eintragung unverjährbar (§ 902). Anderseits kann sie auch schon vor der Mitteilung ausgeübt werden. Denn sie ist bereits mit dem Abschlusse des Kaufvertrags erworben. Der Vorkaufspflichtige kann nicht durch Vereinbarung mit dem Dritten von dem Kaufvertrag wieder abgehen, auch wenn das Vorkaufsrecht noch nicht ausgeübt worden ist (§ 506; M 2, 346). Das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts erlischt nicht durch einseitige Verzichtserklärung innerhalb der genannten Frist. Vielmehr ist zum Erlöschen erforderlich eine vertragliche

Vereinbarung des Berechtigten und des Verpflichteten, also ein Erlaßvertrag gemäß § 397 (RG JW 1912, 858[14]). Ist das Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle bestellt, so erlischt es durch Nichtausübung in einem Falle nicht (§ 1097 A 4). Nach **§ 505** Abs 1 erfolgt die Ausübung des Rechts durch formlose (einer förmlichen Zustellung auch nicht bedürfende: RG 84, 106) Erklärung des Berechtigten. Diese Erklärung ist auch dann gegenüber dem Verpflichteten abzugeben, wenn das Eigentum an dem Grundstück bereits auf den Käufer oder von diesem auf eine andere Person übertragen ist. Der nach § 505 Abs 2 mit der Erklärung zustande kommende Kauf ist ein neuer, selbständiger Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den vom letzteren mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen. Der Berechtigte tritt nicht etwa an Stelle des Dritten in den mit diesem geschlossenen Vertrag ein mit der Wirkung, daß das Vertragsrecht des Dritten erlischt (RG 116, 191). Vielmehr bleibt dieses Vertragsrecht an sich bestehen. Sieht der Verpflichtete wegen des Rechts des Vorkaufsberechtigten sich außerstande, den Vertrag dem Dritten gegenüber zu erfüllen, so kann dieser wegen Nichterfüllung die Rechte aus §§ 325, 326 ausüben (RG JW 1911, 448[14]). Eigentum am Grundstück erlangt der Berechtigte durch Auflassung, die er vom Verpflichteten auf Grund des Vertrags verlangen kann (A 5). Gerät der Verpflichtete mit der Erteilung der Auflassung in Verzug, so kann der Berechtigte gegen ihn gemäß § 326 vorgehen und danach, wenn der Verpflichtete (Verkäufer) die ihm gesetzte Nachfrist fruchtlos verstreichen läßt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (RG Warn 1922 Nr 71). Hat der Verpflichtete (Verkäufer) das Grundstück an den Käufer aufgelassen, so kann der Berechtigte auf Grund des dinglichen Vorkaufsrechts auch gegen diesen Ansprüche geltend machen, insbesondere von ihm die Zustimmung zur Auflassung verlangen (A 5). Das Bestehen solcher Ansprüche gegen den Käufer (Dritten) bildet aber kein Hindernis gegen die Erhebung des Schadensersatzanspruchs gegen den Verpflichteten (Verkäufer). Der Berechtigte hat vielmehr die Wahl, ob er durch Geltendmachung des Anspruchs gegen den Käufer (Dritten) auf Erfüllung des Kaufvertrags bestehen oder unter Vorgehen gegen den Verpflichteten (Verkäufer) die Erfüllung ablehnen will (RG Warn 1922 Nr 71). Nach **§ 514** ist das Vorkaufsrecht, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nicht durch Rechtsgeschäft übertragbar (JFG 1, 286) und auf seiten des Berechtigten nicht vererblich. Es kann daher auch nicht mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht (§§ 1069, 1274) belastet und nicht gepfändet (§§ 851, 857 ZPO) werden. Eine Vereinbarung der Übertragbarkeit oder der Vererblichkeit, die bei der Bestellung und auch noch nachher zulässig ist (RJA 5, 122; OLG 42, 275; vgl. OLG 40, 58: Vorkaufsrecht für „A und seinen Rechtsnachfolger"), bedarf gemäß §§ 873, 877 der Eintragung, da sie den Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts betrifft. Die durch Ausübung des Vorkaufsrechts dem Berechtigten bereits erworbenen Rechte aber sind in jedem Falle unbeschränkt übertragbar und vererblich. Ist das Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellt (§ 1094 Abs 2), so kann es nur mit diesem zusammen, nicht für sich allein übertragen oder vererbt werden. Über die Vererblichkeit auf seiten des Verpflichteten: § 1097 A 3.

3. Die Bestimmung, daß auch beim **freihändigen Verkauf des Konkursverwalters** das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, enthält für das dingliche Vorkaufsrecht eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 512 (§ 1097 A 2).

4. **Dritter** ist jeder, der nicht Verpflichteter im Sinne des Abs 1 ist, also jeder, der von dem Verpflichteten oder dessen Rechtsnachfolger das Grundstück oder ein Recht am Grundstück erworben hat. Wird über das Vermögen des Verpflichteten Konkurs eröffnet, nachdem er das Grundstück verkauft und der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat, so kann der Berechtigte gemäß § 24 KO vom Konkursverwalter Befriedigung seines Anspruchs, also Auflassung verlangen, da das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung hat. Dem Verwalter steht das Wahlrecht aus § 17 KO nicht zu. War aber vom Berechtigten das Vorkaufsrecht zur Zeit der Konkurseröffnung nicht ausgeübt, so hat der Verwalter das Wahlrecht gegenüber dem Käufer (nicht dem Berechtigten). Der Verwalter kann also das Vorkaufsrecht für diesen Fall vereiteln.

5. Der **Anspruch auf Eigentumsübertragung,** der **durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht,** soll durch das eingetragene Vorkaufsrecht wie durch eine **Vormerkung** im Verhältnisse zu Dritten gesichert sein. Danach ist Voraussetzung für die Wirkung des Vorkaufsrechts als Vormerkung, daß ein Vorkaufsfall eingetreten ist, daß also der Verpflichtete mit einem andern einen Kaufvertrag abgeschlossen und der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat (Prot 3 S. 752, 758; M 3, 455). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so fehlt ein Anspruch auf Eigentumsübertragung, der gesichert sein könnte (RG 108, 356). Der Verpflichtete kann daher zu dieser Zeit über das Grundstück frei verfügen, es an einen anderen zum Eigentum übertragen, ohne durch das Vorkaufsrecht beschränkt zu sein (sofern nicht der Eigentumsübertragung ein Verkauf zugrunde liegt), und es wirksam belasten. Auch können Dritte im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung wirksam Rechte an dem Grundstück erlangen (str.). Wenn aber ein Vorkaufsfall eingetreten und das Vorkaufsrecht von dem Berechtigten ausgeübt ist, wird der nun entstandene Anspruch auf Eigentumsübertragung nach Maßgabe des § 883 Abs 2 gesichert. Beim persönlichen Vorkaufsrecht erwirbt der Käufer, dem die Kaufsache ungeachtet des Vorkaufsrechts von dem Vorkaufsverpflichteten übereignet wird, ein Recht, das ihm weder vom Vorkaufsverpflichteten noch vom Vorkaufsberech-

tigten wieder entzogen werden kann (RG JW 1911, 448[14]). Überträgt dagegen beim dinglichen Vorkaufsrecht der Verpflichtete, nachdem er einen Kaufvertrag mit einem andern geschlossen und der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat, das Eigentum an den Käufer oder einen Dritten oder wird das Grundstück nach jenen Ereignissen vom Verpflichteten freiwillig oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung belastet, so ist die Rechtslage folgende: Die getroffenen Verfügungen sind zwar trotz des eingetragenen Vorkaufsrechts an sich zulässig, da dieses Recht ebensowenig wie eine Vormerkung das Grundbuch gegen die Eintragung von Eigentumsveränderungen und Belastungen sperrt (RG JW 1922, 576[2]; KGJ 53, 162; OLG 41, 32). Hat also z. B. der Verkäufer dem Käufer das Grundstück aufgelassen, so kann nicht etwa der Vorkaufsberechtigte in die Auflassung eintreten; durch die Eintragung der Eigentumsveränderung ist auch das Grundbuch nicht unrichtig geworden (OLG 41, 32). Alle jene Verfügungen sind aber dem Berechtigten gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam, da sie seinen Anspruch auf Eigentumsübertragung vereiteln oder beeinträchtigen würden (RG JW 1922, 576[2]). Ebenso sind unwirksam die Verfügungen, die in dem Falle der Eigentumsübertragung von dem Erwerber etwa weiter zugunsten anderer getroffen werden. Nach § 888 kann der Berechtigte von dem Eigentumserwerber die Zustimmung zu seiner (des Berechtigten) Eintragung als Eigentümer und von den Erwerbern der das Grundstück belastenden Rechte die Zustimmung zur Löschung der Rechte verlangen (RG Warn 1922 Nr 71). Im ersteren Falle hat die Auflassung, die den Berechtigten zum Eigentümer macht, der Vorkaufspflichtige zu erteilen (Anmerkungen zu § 888; RG 108, 356; JW 1922, 576[2]; SeuffA 66, 396; KGJ 53, 162). Gegenüber der Klage auf Erteilung der Zustimmung, deren Verbindung mit der Klage gegen den Vorkaufspflichtigen auf Erteilung der Auflassung zulässig ist, kann der dritte Erwerber alle Einwendungen erheben, die dem Vorkaufspflichtigen gegenüber dem Anspruch auf Eigentumsübertragung zustehen (Prot 3, 763). Alles dieses gilt aber auch dann, wenn der Erwerb des Dritten bereits in der Zwischenzeit vom Abschlusse des Kaufvertrags des Vorkaufspflichtigen mit dem Käufer bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten sich vollzogen hat. Denn die Entstehung des Anspruchs gegen den Vorkaufspflichtigen auf Übertragung des Eigentums hat zur Voraussetzung nicht nur, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, sondern auch, daß ein Kaufvertrag abgeschlossen ist. Deshalb ist anzunehmen, daß die mit der Ausübung sich vollendende Entstehung des Anspruchs schon mit dem Kaufabschlusse beginnt und daß daher schon von diesem Zeitpunkt ab der Anspruch wie durch eine Vormerkung gesichert ist. Verfügungen in der Zwischenzeit, insbesondere auch Belastungen, werden deshalb dem Berechtigten gegenüber, wenn er das Vorkaufsrecht ausübt, ebenfalls unwirksam (str.). In JFG 1, 423 ist von diesem Gesichtspunkt aus die Eintragung der Einräumung des Vorrangs von Hypotheken vor einem früher eingetragenen Vorkaufsrecht mit Recht (§ 880 A 1) für zulässig erklärt. Ist der dritte Erwerber im Besitz des Grundstücks, so ist er dem Berechtigten gegenüber (außer zur Bewilligung der Eigentumsübertragung) auch zur Herausgabe des Grundstücks nebst Zubehör verpflichtet. § 1100 setzt diese Herausgabepflicht voraus (RG 84, 108). Über Gegenansprüche wegen Verwendungen vgl. § 1100 A 4. Unter Umständen kann auch der Verkäufer (Vorkaufsverpflichtete), wenn er das Grundstück dem Käufer übereignet und übergeben hat, nach erfolgter Ausübung des Vorkaufsrechts vom Käufer Zustimmung zur Auflassung und Herausgabe des Grundstücks an den Vorkaufsberechtigten verlangen (§ 1102 A 1).

§ 1099

Gelangt das Grundstück in das Eigentum eines Dritten [1]), so kann dieser in gleicher Weise wie der Verpflichtete dem Berechtigten den Inhalt des Kaufvertrags mit der im § 510 Abs 2 bestimmten Wirkung mitteilen [2]).

Der Verpflichtete hat den neuen Eigentümer zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Vorkaufrechts erfolgt oder ausgeschlossen ist [3]).

E I 956 II 1008; M 3 456; P 3 763f.; 6 174.

1. Der nach Abs 1 zur Mitteilung des Kaufvertragsinhalts ebenso wie der Vorkaufspflichtige und der Käufer (§ 1098 A 2) berechtigte **dritte Eigentumserwerber** ist der Käufer selbst, sofern ihm der Vorkaufspflichtige das verkaufte Grundstück aufgelassen hat. Hat er inzwischen das Grundstück weiterveräußert, so ist zur Mitteilung berechtigt jeder nachfolgende Eigentümer und ferner auch derjenige, der sonst von einem anderen als dem Vorkaufspflichtigen das Eigentum erlangt hat (§ 1100). Denn das eingetragene Vorkaufsrecht hatte das Grundbuch nicht gegen die Eintragung von Eigentumsveränderungen gesperrt (§ 1098 A 5). Dem Grundbuchamt braucht auch zur Vornahme einer solchen Eintragung nicht die Nichtausübung des Vorkaufsrechts nachgewiesen zu werden. Durch § 10 Reichssiedlungsges. v. 11. 8. 1919 und durch § 11 Abs 3 Reichs-Heimstättenges. v. 10. 5. 1920 ist aber das Grundbuchamt angewiesen, die Eintragung des Eigentumsübergangs so lange auszusetzen, bis ihm die Nichtausübung des den Siedlungsunternehmungen und den Ausgebern der Heimstätten gesetzlich zustehenden Vorkaufsrechts nachgewiesen ist. Die Form dieses Nachweises erörtern KGJ 53, 163; JW 1920, 441[1].

2. Da die **Mitteilung die im § 510 Abs 2 bestimmte Wirkung** hat, läuft von ihrem Empfang ab die Frist (§ 1098 A 2) für die Ausübung des Vorkaufsrechts ebenso, wie wenn die Mitteilung von dem Vorkaufspflichtigen oder dem Käufer ausgehen würde. Einer Form bedarf die Mitteilung nicht (§ 1098 A 2). Wenn der Berechtigte daraufhin das Vorkaufsrecht ausüben will, hat er die Ausübung gemäß §§ 505 Abs 1, 1098 nicht dem Mitteilenden, sondern dem Vorkaufspflichtigen gegenüber zu erklären (Prot 6, 174). Geschieht dies binnen der Frist nicht, so ist die Ausübung sowohl gegenüber dem Vorkaufspflichtigen als auch gegenüber dem dritten Erwerber ausgeschlossen. Der Dritterwerber braucht das Grundstück an den Berechtigten nicht herauszugeben; sein Erwerb ist vielmehr nun ein endgültiger. Wenn das Vorkaufsrecht nicht auf weitere Verkaufsfälle sich erstreckt, erlischt es überhaupt (§ 1097 A 1, 4).

3. Unterläßt der **Vorkaufspflichtige** die **Benachrichtigung des neuen Eigentümers** von der erfolgten Ausübung des Rechts oder von dem aus fruchtlosem Fristablauf sich ergebenden Ausschluß der Ausübung, so macht er sich dem neuen Eigentümer gegenüber schadensersatzpflichtig. Unter dem „neuen Eigentümer" ist nach dem Wortlaut der §§ 1099, 1100 der gegenwärtige Eigentümer zu verstehen, also der Eigentümer zur Zeit der Ausübung oder des Ausschlusses. Hat derjenige, an den der Vorkaufspflichtige das Eigentum übertragen hat, das Grundstück weiterveräußert, so besteht die Benachrichtigungspflicht nicht dem ersten, sondern dem späteren Erwerber gegenüber (str.). Letzterer soll alsbald Kenntnis davon erhalten, ob er das Grundstück herausgeben muß oder endgültig behalten darf.

§ 1100

Der neue Eigentümer kann, wenn er der Käufer [1]) oder ein Rechtsnachfolger des Käufers ist [2]), die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer und die Herausgabe des Grundstücks verweigern, bis ihm der zwischen dem Verpflichteten und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis, soweit er berichtigt ist, erstattet wird [3]). Erlangt der Berechtigte die Eintragung als Eigentümer, so kann der bisherige Eigentümer von ihm die Erstattung des berichtigten Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstücks fordern [4]).

E I 957 II 1009; M 3 457; P 3 758ff.

1. Wenn **der Käufer** vom Vorkaufspflichtigen nicht das Eigentum übertragen erhalten hat, findet § 1100 keine Anwendung. Der Käufer kann sich dann nach Ausübung des Vorkaufsrechts wegen des etwa inzwischen berichtigten Kaufpreises nur an seinen Verkäufer gemäß §§ 320ff., 440 halten, nicht an den Vorkaufsberechtigten.

2. Ist der Eigentümer nicht **Rechtsnachfolger des Käufers**, sondern hat ihm der Vorkaufspflichtige das Eigentum auf Grund eines neuen Verkaufs oder aus einem anderen Rechtsgrunde (z. B. Tausch, Schenkung) übertragen, so ist § 1100 ebenfalls nicht anwendbar. Ein solcher Eigentümer muß die Zustimmung zu der Auflassung an den Vorkaufsberechtigten (§ 1098 A 5) erteilen, ohne daß ihm das Zurückbehaltungsrecht aus Satz 1 oder der Anspruch aus Satz 2 zusteht. Wegen der von ihm bereits gewährten Gegenleistung kann er lediglich seinen Vertragsgegner in Anspruch nehmen. Unter Rechtsnachfolger sind sowohl allgemeine wie Sondernachfolger zu verstehen. Wenn der als Eigentümer eingetragene Käufer weiterverkauft hat, ist sein Rechtsnachfolger auch der zweite und fernere Käufer, der Eigentum erlangt hat.

3. Die den Vorschriften der §§ 273, 274 unterliegende, also zur Verurteilung Zug um Zug führende Einrede des Zurückbehaltungsrechts kann gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, der noch nicht die Eintragung als Eigentümer erlangt hat, nur geltend gemacht werden, **soweit der zwischen dem Vorkaufspflichtigen und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis berichtigt ist.** Daher steht auch demjenigen Rechtsnachfolger des Käufers, der von diesem das Grundstück wiederum durch Kauf erworben hat (A 2), das Zurückbehaltungsrecht nur zu wegen des Betrags, den sein Verkäufer an den Vorkaufspflichtigen entrichtet hat, nicht wegen des Kaufpreises, den er an seinen Verkäufer bezahlt hat, auch nicht etwa wegen der Kosten des Kaufvertrags oder der Auflassung. Dieserhalb muß er sich an seinen Verkäufer halten. Aufwertungsgrundsätze für den Erstattungsanspruch, mit dem der Käufer gegenüber dem Vorkaufsberechtigten zurückhalten kann, sind aufgestellt in **RG** 116, 187.

4. **Nach erfolgter Eintragung des Vorkaufsberechtigten als Eigentümer** steht dem Käufer und seinem Rechtsnachfolger ein Erstattungsanspruch gegen den Vorkaufsberechtigten wegen des vom Käufer an den Vorkaufspflichtigen berichtigten Kaufpreises zu, jedoch nur gegen Herausgabe des trotz jener Eigentumseintragung etwa noch in seinem Besitz befindlichen Grundstücks. Dieser Erstattungsanspruch bleibt bestehen, auch wenn das Grundstück an den Vorkaufsberechtigten zunächst ohne Berichtigung des Anspruchs herausgegeben wird. Die Wirkungen des Erstattungsanspruchs auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufspflichtigen einerseits und zwischen diesem und dem Käufer anderseits regeln die §§ 1101, 1102. Im

übrigen finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger hinsichtlich der Herausgabepflicht, insbesondere hinsichtlich des Anspruchs des Herausgabepflichtigen auf Ersatz von Verwendungen, nicht die §§ 1001 ff. Anwendung. Denn der Herausgabeanspruch steht dem Vorkaufsberechtigten nicht als Eigentümer zu. Hier greift vielmehr § 292 ein. Denn es handelt sich um einen Anspruch, der an sich ein persönlicher ist, wenn er sich auch gemäß §§ 1098 Abs 2, 883 Abs 2 auf den dritten Erwerber erstreckt (str.). Hat der Käufer in dem mit seinem Verkäufer (in der Form des § 313 Satz 1) geschlossenen Vertrag die Kosten dieses Vertrags übernommen und demnächst die Kosten bezahlt, so kann er vom Vorkaufsberechtigten auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812) Erstattung der Kosten beanspruchen. Denn der Vorkaufsberechtigte hat durch seinen Eintritt in den Vertrag auch die Verpflichtung zur Tragung der Vertragskosten übernommen; der Käufer hat also nunmehr eine dem Eintretenden obliegende Schuld bezahlt (str.). Hat der Käufer beim Abschluß des Kaufvertrags Kenntnis von dem Vorkaufsrecht gehabt und mit der Möglichkeit seiner Ausübung gerechnet, so kann angenommen werden, daß er eine fällig gewesene Zahlung auf den Kaufpreis zunächst zwar im eigenen Interesse, um den Kaufvertrag zu erfüllen, zugleich aber für den Fall, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt werden sollte, für den Vorkaufsberechtigten geleistet hat mit dem Willen, von ihm Ersatz zu verlangen. Dann liegt also insoweit auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Interesse des Vorkaufsberechtigten vor. Der Käufer ist mithin berechtigt, von dem Vorkaufsberechtigten gemäß §§ 683, 670, 256, 246 Zinsen von dem gezahlten Kaufpreise seit dem Zeitpunkt der Zahlung zu beanspruchen. Dagegen steht ihm ein Anspruch auf Ersatz von Auslagen zum Zwecke des Vertragsabschlusses (z. B. Kosten der Reise zur Besichtigung des Grundstücks) in keinem Falle zu. Denn den Vorkaufsberechtigten geht es nichts an, welche Maßnahmen der spätere Käufer vor Abschluß des Kaufvertrags zur Entschließung über den Kauf getroffen hat. Hat der Käufer auf Grund des Kaufvertrags zwar nicht das Eigentum an dem Grundstück, aber den Besitz von dem Verkäufer übertragen erhalten, so kann er, wenn ihn der Vorkaufsberechtigte nach Erlangung des Eigentums auf Herausgabe verklagt, Gegenansprüche wegen Verwendungen nach §§ 994 ff. geltend machen (OLG 29, 353). Dabei ist er als unredlicher Besitzer im Sinne des § 990 erst anzusehen, nachdem er von der Ausübung des Vorkaufsrechts Kenntnis erlangt hat, nicht schon seit der etwa früher erlangten Kenntnis lediglich vom Bestehen des Vorkaufsrechts (OLG 29, 354).

§ 1101

Soweit der Berechtigte nach § 1100 dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger den Kaufpreis zu erstatten hat, wird er von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Verkaufe geschuldeten Kaufpreises frei [1]).

E II 1010; P 3 758.

1. Das Bestehen des Erstattungsanspruchs des Käufers oder seines Rechtsnachfolgers gegen den Vorkaufsberechtigten (§ 1100 A 3, 4) übt auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufspflichtigen die Wirkung aus, daß jener diesem gegenüber in Höhe des Erstattungsanspruchs von der Pflicht zur Zahlung des **aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei** wird, wie wenn er in dieser Höhe den Kaufpreis aus dem durch Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß §§ 505 Abs 2, 1098 zustande gekommenen Kauf an den Vorkaufspflichtigen bezahlt hätte (RG 116, 191).

§ 1102

Verliert der Käufer oder sein Rechtsnachfolger infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts das Eigentum [1]), so wird der Käufer [2]), soweit der von ihm geschuldete Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei [3]); den berichtigten Kaufpreis kann er nicht zurückfordern [4]).

E II 1011; P 3 764 f.

1. § 1102 findet nur Anwendung, wenn der Käufer oder sein Rechtsnachfolger infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts **das Eigentum verliert,** wenn er also vorher das Eigentum erlangt hatte. War ihm das Eigentum überhaupt nicht übertragen worden, so bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Verkäufer lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff.; vgl. § 1100 A 1, 2). Hat der Käufer beim Abschluß des Kaufvertrags durch eine Mitteilung des Verkäufers (Vorkaufsverpflichteten) oder auf andere Weise Kenntnis davon erlangt, daß auf dem verkauften Grundstück ein Vorkaufsrecht eingetragen sei, so hat nach § 439 Abs 1 der Verkäufer den sich aus der Belastung ergebenden Mangel im Recht ihm gegenüber nicht zu vertreten. Da der Käufer im Falle der Mitteilung von dem Vorkaufsrecht damit rechnen muß, daß ihm durch Ausübung des Vorkaufsrechts das Grundstück entzogen wird,

kann als Inhalt des Kaufgeschäfts gelten, der Verkauf erfolge nur unter der Bedingung, daß das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werde. Fällt diese Bedingung durch den Eintritt des Vorkaufsberechtigten in den Kaufvertrag aus, so ist der Vertrag im Verhältnis zum Käufer hinfällig; die Vertragschließenden müssen sich gegenseitig das Empfangene zurückgeben. Der Verkäufer kann daher, wenn er das Grundstück übereignet und übergeben hat, Rückübereignung und Herausgabe des Grundstücks vom Käufer verlangen. Statt dessen kann er aber auch, wenn er sogleich dem Vorkaufsberechtigten das Grundstück übereignen und den Besitz verschaffen will, um seiner Verpflichtung aus dem zwischen ihm und dem Vorkaufsberechtigten zustande gekommenen Kaufvertrag zu genügen, vom Käufer die Zustimmung zur Auflassung und Herausgabe an den Vorkaufsberechtigten beanspruchen, da der Käufer hierdurch von seiner Rückübereignungs- und Rückgabeverpflichtung dem Verkäufer gegenüber befreit wird (**RG** JW 1922, 576[2]).

2. Der § 1102 betrifft nur das Rechtsverhältnis zwischen dem **Käufer** und seinem Verkäufer (dem Vorkaufspflichtigen). Hat der Käufer, nachdem er das Eigentum übertragen erhalten hatte, das Grundstück weiterverkauft, so bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Rechtsnachfolger nach den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Verträge (§§ 320ff.). Daneben kommt für den Rechtsnachfolger noch der Erstattungsanspruch auf § 1100 gegen den Vorkaufsberechtigten in Betracht (§ 1100 A 3, 4).

3. Da der Käufer infolge Geltendmachung des Vorkaufsrechts **von seiner Verpflichtung** (§ 433 Abs 2) **zur Zahlung des noch nicht berichtigten Kaufpreises frei wird,** kann sich der Vorkaufspflichtige wegen dieses Kaufpreises lediglich an den Vorkaufsberechtigten halten, mit dem der Kaufvertrag gemäß §§ 505 Abs 2, 1098 zustande gekommen ist (**RG** 116, 191).

4. Dem Käufer, der von seinem Verkäufer (dem Vorkaufspflichtigen) **den berichtigten Kaufpreis nicht zurückfordern kann,** steht lediglich ein Erstattungsanspruch gegen den Vorkaufsberechtigten nach Maßgabe des § 1100 zu (dort A 4).

§ 1103

Ein zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht von dem Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden [1]).

Ein zugunsten einer bestimmten Person bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden [2]).

E II 1012; P 3 765.

1. Aus dem Grundsatz der **Untrennbarkeit des subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts von dem Eigentum am Grundstücke** folgt: Jenes Recht kann nicht für sich allein veräußert, belastet oder gepfändet (§ 851 ZPO) werden. Es wird mitergriffen von der Veräußerung des berechtigten Grundstücks und von der Zwangsvollstreckung in dieses Grundstück (§ 865 Abs 1 ZPO, § 20 Abs 2 ZVG), so daß der Erwerber und der Ersteher (§ 90 Abs 2 ZVG) des Grundstücks es miterwirbt. Auch kann es nicht in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht umgewandelt werden. Das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht kann vielmehr nur so durch ein subjektiv-persönliches ersetzt werden, daß jenes Recht (unter Löschung des Vermerks auf dem berechtigten Grundstück: § 8 Abs 2 GBO) aufgehoben und dieses Recht neu begründet wird. Ist das Vorkaufsrecht uneingeschränkt für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks, nicht eines bestimmten Teiles (z. B. eines Schlosses) bestellt, so ist jeder Teil des Grundstücks zusammen mit den anderen Teilen (vertreten durch den Eigentümer) als berechtigt anzusehen. Wird das herrschende Grundstück geteilt, so wird hieran nichts geändert. Denn das Vorkaufsrecht ist nicht teilbar und kann nicht von einem Grundstücksteil auf einen anderen übertragen werden. Deshalb steht das Vorkaufsrecht nicht den Eigentümern nach Verhältnis ihrer Teile noch dem Eigentümer des Hauptteils (sog. Stammgrundstücks) allein zu, sondern den Eigentümern aller Teile gemeinschaftlich in der Weise, daß es von ihnen nur im ganzen ausgeübt werden kann (§§ 513, 514, 1098 Satz 1, 1103; **RG** 35, 306; 73, 320).

2. Da das **subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden kann,** ist seine Umwandlung in ein subjektiv-dingliches Recht ausgeschlossen. Wollen die Beteiligten eine derartige Rechtsveränderung, so müssen sie ein neues Vorkaufsrecht begründen. Dieses hat dann nicht den Rang des bisherigen Rechts.

§ 1104

Ist der Berechtigte unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens [1]) mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen [2]). Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt [3]) das Vorkaufsrecht.

Auf ein Vorkaufsrecht, das zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks besteht, finden diese Vorschriften keine Anwendung.

E II 1013; P 3 765; 4 601.

1. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt nach den §§ 946ff., 988, 1024 ZPO.

2. **Die im § 1170 bestimmten Voraussetzungen** sind: Es müssen 10 Jahre seit der Eintragung des subjektiv-persönlichen (Abs 2) Vorkaufsrechts oder seit einer später erfolgten, auf das Vorkaufsrecht bezüglichen Eintragung verstrichen sein; innerhalb dieser Frist darf die Berechtigung nicht anerkannt sein.

3. **Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt** das (subjektiv-persönliche) Vorkaufsrecht nur dann, wenn das Urteil ein vorbehaltloses oder der darin zugunsten der sich Meldenden aufgenommene Vorbehalt (§ 953 ZPO) rechtswirksam beseitigt ist (**RG** 67, 95; RJA 6, 145). Die Löschung kann auf Grund des Urteils im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO herbeigeführt werden.

Siebenter Abschnitt

Reallasten [1])

§ 1105

Ein Grundstück [2]) kann in der Weise [3]) belastet werden [4]), daß an denjenigen, zu dessen Gunsten [5]) die Belastung erfolgt, wiederkehrende [6]) Leistungen [7]) aus dem Grundstücke zu entrichten sind (Reallast) [8]).

Die Reallast kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden [5]).

E I 1051 II 1014; M 3 581; P 3 729ff.

1. Die Regelung der **Reallasten** ist im BGB keine vollständige. Die §§ 1105—1112 geben nur Vorschriften allgemeiner Natur. Über einzelne Reallasten sind keine Bestimmungen gegeben. Für die Überbau- und Notwegrente (§§ 914, 917) und für die Unterhaltungspflicht bei der zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit dienenden Anlage (§§ 1021, 1022) ist die entsprechende Anwendung der Bestimmungen über die Reallasten vorgeschrieben (vgl. Art 116 EG). Im übrigen ist der Landesgesetzgebung überlassen, nähere Bestimmungen über die einzelnen Reallasten und über die Zulässigkeit derartiger Grundstücksbelastungen zu treffen (**RG** 113, 97). Auch von einer der Vorschrift über Rentenschulden (§ 1199) entsprechenden Bestimmung, wonach bei der Bestellung der Rentenschuld der Betrag bestimmt werden muß, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann, hat das BGB bei der Reallast abgesehen. Daher kann nur aus dem Landesgesetz entnommen werden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine persönliche Verpflichtung zur Zahlung einer Ablösungssumme entsteht (**RG** 129, 213). Nach Artt 113, 115 EG bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Reallasten, ferner die Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit Reallasten untersagen oder beschränken oder das Maß solcher Rechte näher bestimmen. Nach Artt 3, 218 EG können daher nach diesen Richtungen auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen und die bestehenden geändert werden. Danach ist das Verhältnis der Vorschriften des BGB über die Reallasten zum Landesrecht so: Die Vorschriften des BGB regeln zwar auch die landesgesetzlich anerkannten oder nicht ausgeschlossenen Reallasten, werden aber durch die für die einzelnen Reallasten gegebenen landesgesetzlichen Bestimmungen ergänzt (KGJ 21 A 314; OLG 20, 408). Besondere Vorbehalte für die Landesgesetzgebung bezüglich einzelner Reallasten, die zugleich die wichtigsten sind, enthalten EG Art 62 (Rentengutsrenten; über die Frage der Zulässigkeit der Eintragung gewisser bei Rentengutsbildungen üblicher Verpflichtungen nach der preußischen Rentengutsgesetzgebung A 7 a. E.), Art 96 (Leibgeding oder Altenteil) und Art 118 (Kulturrenten). Beim Altenteil (Ausgedinge) sind häufig mit Reallastleistungen beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (z. B. Wohnungsrecht, Recht zur Benutzung einzelner Grundflächen zu bestimmten Zwecken) verbunden (**RG** 70, 172; RJA 9, 69; KGJ 40, 251; 53, 168; JW 1932, 1564²; § 1093 A 1). Eine Vereinbarung, daß der Eigentümer im Falle des von ihm verschuldeten Fortzugs des Altsitzers diesem an Stelle der Altenteilsleistungen eine einmalige Abfindung in Geld zu entrichten habe, kann aber weder als beschränkte persönliche Dienstbarkeit noch als Reallast eingetragen werden. Eine solche Abfindungsforderung des Altsitzers kann vielmehr nur durch eine Hypothek, die durch den Wegfall der andern Leistungen bedingt ist, gesichert werden (KGJ 53, 166). Die Neufestsetzung von Altenteilsleistungen nach dem Währungsverfall regeln das Ges. v. 18. 8. und die VO v. 8. 9. 1923 (dazu OLG 44 S. 312, 313). Bergrechtliche Kohlenzehnten als Reallasten behandeln **RG** 75, 163; 129, 217. Über die Grenzen

der Zulässigkeit von Reallasten im allgemeinen vgl. für Preußen §§ 3, 6, 91 Abs 2—4 AblösGes. v. 2. 3. 1850; Art 30 AGBGB; RG 45, 191; 60, 89; 79, 377; 111, 92; KGJ 21 A 314; 38 A 269; 47, 218; 51, 269; OLG 12, 281; 26, 101; 26, 102; 39, 243; JFG 1, 431; 1, 432; für Bayern Artt 85, 86 AGBGB. Nach gemeinem Recht konnten Reallasten allgemein, ohne Beschränkung auf bestimmte Arten, durch Vertrag begründet werden mit dinglicher Wirkung zu Lasten eines Grundstücks und zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, ohne daß es einer Eintragung in öffentliche Bücher bedurfte (RG 16, 136; Gruch 62, 408). Sie entstanden auch durch Einigung zwischen dem gegenwärtigen Eigentümer des zu belastenden Grundstücks und einem anderen, auf den zugleich das Eigentum oder ein eigentumähnliches Recht an diesem Grundstück übertragen wurde, zugunsten eines anderen Grundstücks mit der Wirkung, daß dieses Grundstück ohne Teilnahme seines gegenwärtigen Eigentümers an der Einigung berechtigt wurde (RG Gruch 62, 409). Doch mußte in Preußen, soweit § 73 GBO v. 5. 5. 1872 galt, die Reallast bis zum 1. Oktober 1873 in das Grundbuch eingetragen werden. Sonst konnte sie gegenüber dritten Personen nicht geltend gemacht werden. Das galt auch gegenüber solchen Dritten, die nach Inkrafttreten des Gesetzes das bisher belastete Grundstück auf Grund eines Kaufvertrags erwarben, selbst wenn sie in dem Kaufvertrag die Reallast dem Verkäufer (nicht dem Berechtigten) gegenüber übernahmen (RG Gruch 62, 412; vgl. für Bayern OLG 35, 328). Für die nach Inkrafttreten des EigEGes. v. 5. 5. 1872 (soweit nach dem AblösGes. noch zulässig) begründeten Reallasten gilt dasselbe nach § 12 Abs 1 dieses Gesetzes (RG Gruch 65, 500: die mit einem subjektiv-dinglichen Abdeckereiprivileg verbundene Verpflichtung zum Hundefang ist nach preußischem Recht eine zur Begründung der Eintragung nicht bedürfende, aber eintragungsfähige und Wirksamkeit gegen Dritte erst durch Eintragung erlangende Reallast). Über die Eintragung solcher an sich ohne Eintragung bestehengebliebenen, jedoch der Wirksamkeit gegen Dritte entbehrenden Rechte nach dem Inkrafttreten des BGB: § 894 A 1 Abs 10. — Die auf öffentlich-rechtlichem Titel (RG 44, 243; 45, 188) beruhenden Reallasten (öffentliche Abgaben und Lasten: §§ 10 Nr 3, 156 ZVG, § 4 EG ZVG) werden durch das BGB nicht geregelt (OLG 1, 203; 3, 98; 12, 281). Bezüglich der Kirchen- und Schulbaulasten vgl. Art 132 EG. Über Straßenanliegerbeiträge und deren Dinglichkeit: RG 42, 278; 56, 396; 83, 89; 86, 359; 87, 359; 93, 202; Gruch 26, 1103; 41, 151; JW 1922, 807[9]. Über die Grenzen des für Straßenanlieger in Preußen zulässigen Gemeingebrauchs an einer dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straße: § 905 A 1 a. E. Die Behandlung der Reallasten im Zwangsversteigerungsverfahren regeln §§ 51, 92, 121 ZVG (§ 1107 A 1), § 9 EGZVG. Über ihr Schicksal bei der Enteignung s. Artt 52, 53, 109 EGBGB. Übergangsbestimmungen enthalten die Artt 114, 184, 189 EG.

2. Belastungsfähig sind außer einem **Grundstück** auch die Berechtigungen, auf welche die Vorschriften für Grundstücke Anwendung finden, wie das Erbbaurecht (VO v. 15. 1. 1919 § 11) und die in den Artt 63, 68 EG bezeichneten Rechte; ferner der in dem Anteil eines Miteigentümers bestehende Bruchteil eines Grundstücks (§ 1106). Auch eine bestimmte Teilfläche (realer Teil) eines Grundstücks kann mit einer Reallast belastet werden. Ihre Abschreibung kann nach § 6 GBO unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist (vgl. § 96 GBO; anders bei dem berechtigten Grundstück: A 5).

3. Aus der im § 1105 **bestimmten Weise** der Belastung folgt in Verbindung mit § 1108: Die Reallast als Ganzes ist ihrer rechtlichen Natur nach regelmäßig eine von einer persönlichen (schuldrechtlichen) Verbindlichkeit unabhängige dingliche Grundstücksbelastung, aus der die Verpflichtung des Grundstückseigentümers als solchen zur Entrichtung der einzelnen Leistungen erwächst. Diese Einzelleistungen sind ebenfalls dinglicher Natur, doch so, daß der Grundstückseigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich haftet (RG 121, 190: bei Begründung eines Rentenguts in Preußen als Reallast eingetragene Rentengutsrente). Die Reallast kann aber auch zur Sicherung persönlicher Forderungen verwendet werden. Ist dies nach dem Inhalt des Bestellungsvertrags geschehen, so sind Reallast und Forderung selbständige Rechte. Das kann z. B. für die Aufwertung der beiden Rechte nach § 31 und § 62 AufwGes v. 16. 7. 25 von Bedeutung sein (RG 113, 103; 129, 216). Wegen der Geltendmachung des Anspruchs auf die Einzelleistungen im Rechtswege: § 1107 A 2, § 1108 A 3. Wird das Recht als Ganzes bestritten, so kann im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 ZPO) auf Anerkennung der Reallast geklagt werden (§ 25 ZPO).

4. Zur Entstehung der **Belastung** ist gemäß § 873 Einigung der Beteiligten und Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Die Überbau- und Notwegrenten, für die nach § 914 Abs 3, § 917 Abs 2 Satz 2 die Vorschriften über Reallasten gelten, werden gemäß § 914 Abs 2 Satz 1, § 917 Abs 2 Satz 2 nicht eingetragen. Von dem schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäft ist die Entstehung der Reallastberechtigung als eines selbständigen dinglichen Rechts nicht abhängig. Auch ist die dingliche Wirksamkeit nicht davon abhängig, ob für die Belastung ein Gegenwert gegeben worden ist (RG 85, 247). Der Gegenwert kann sich z. B. aus einem Kaufvertrag, aber auch aus der Gewährung eines Darlehns ergeben (RG 85, 246). Die Eintragung erfolgt auf dem belasteten Grundstück. Im Falle der subjektiv-dinglichen Reallast kann die Reallastberechtigung auch auf dem Grundbuchblatt des berechtigten Grundstücks gemäß § 8 GBO vermerkt werden.

Die einzelnen Leistungen, zu denen die Reallast (das Recht als Ganzes **RG** 75, 163) verpflichtet, müssen eingetragen werden. Nach § 874 ist aber Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts der einzelnen Leistung zulässig. Werden Reallasten als Altenteil (Leibgedinge, Leibzucht, Auszug) eingetragen, so bedarf es nach § 50 GBO auch nicht der Bezeichnung der einzelnen Rechte, wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. In der Bewilligung genügt regelmäßig die Bestimmbarkeit der Leistungen, also z. B. die Angabe „lebenslängliche Wohnung im Hause und Unterhalt mit allem, was zum Leben erforderlich ist, ausgenommen mit Kleidung" (HRR 1932 Nr 758). In dem Eintragungsvermerk selbst muß der Inhalt der Last wenigstens im allgemeinen angegeben werden, damit das Recht nach seiner allgemeinen rechtlichen Natur für jedermann aus dem Grundbuch allein erkennbar ist. Insoweit ist eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung unzulässig, da es sich nicht bloß um eine „nähere Bezeichnung" im Sinne des § 874 handelt. Dabei ist der Gebrauch des Wortes „Reallast" zwar nicht erforderlich, wenn sonst die Eintragung sich als eine Reallast deuten läßt; anderseits ist aber die Eintragung dieses Wortes für sich allein auch nicht ausreichend, da der Inhalt einer Reallast ein sehr verschieden gestalteter sein kann (KGJ 51, 272; OLG 39, 244; § 874 A 2, 3). Daß ein bestimmter Geldwert zu den einzelnen Leistungen im Grundbuch oder in der Eintragungsbewilligung angegeben wird, ist nicht erforderlich. Aus § 1107 ist in dieser Hinsicht die Anwendung des § 1115 (Hypothekeintragung) nicht zu folgern (**RG** 54, 93; RJA 2, 192; KGJ 51, 271; OLG 39, 243). Mangels einer entgegenstehenden Bestimmung ist es auch als zulässig anzusehen, daß zur Feststellung der ziffernmäßigen Höhe der Leistungen außerhalb des Grundbuchs liegende Umstände herangezogen werden, sofern die Eintragungsbewilligung auf sie hinweist (OLG 39, 244). Das Grundbuch muß aber den Inhalt der Leistungen derart erkennen lassen, daß insbesondere mit Rücksicht auf §§ 45, 46, 92, 121 ZVG die Umwandlung der Leistungen in eine Geldforderung möglich ist. Denn nur dann liegt die für jede dingliche Belastung erforderliche Bestimmtheit des Umfangs der Leistungen aus dem Grundstück vor (str.; RJA 2, 193; OLG 7, 34; KGJ 51, 271). Nach § 882 kann der Höchstbetrag des Ersatzes für den Fall des Erlöschens durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung bestimmt werden; die Bestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Wie die Reallastberechtigung von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, so kann für sie auch eine ungewisse Zeitbestimmung gesetzt, z. B. für den Beginn der Leistungen ein nicht kalendermäßiger, sondern nach dem Tage des Eintritts eines Ereignisses ungewisser Zeitpunkt bestimmt werden (OLG 34, 177). — Die rechtsgeschäftliche **Aufhebung** der Belastung erfolgt gemäß § 875 (Aufgabeerklärung und Löschung). Auch zum Verzicht auf Überbau- und Notwegrenten, die nicht eingetragen werden, ist die Eintragung des Verzichts nach § 914 Abs 2 Satz 2, § 917 Abs 2 Satz 2 nötig. Erforderlich ist weiterhin nach § 876 Satz 2 die Zustimmung der Realgläubiger des herrschenden Grundstücks (vgl. jedoch Art 120 Abs 2 Nr 2 EG: Unschädlichkeitszeugnis). Ferner sind Erlöschungsgründe: bei einer auf Lebenszeit des Berechtigten gestellten Reallast (z. B. Altenteil) Eintritt des Todes (§ 23 GBO; RJA 4, 181); Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (§ 24 GBO); Buchverjährung (§§ 901, 902); Aufgebot (§ 1112); Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks, wenn nicht nach den Versteigerungsbedingungen die Reallast bestehenbleiben soll (§§ 91, 92 ZVG; für das Altenteil gilt insoweit die wichtige Sonderregelung in § 9 EGZVG), dazu in Preußen Art 6 AGZVG. In der Zwangsversteigerung ist für eine durch den Zuschlag erlöschende, ablösbare Reallastberechtigung Ersatz aus dem Versteigerungserlöse in Höhe der Ablösungssumme (A 1) zu gewähren (§ 92 Abs 1, 3 ZVG). Diese Ablösungssumme ist nicht vom Tage des Zuschlags zu verzinsen, sondern wird erst im Verteilungstermin fällig. Die bis dahin in Ansatz zu bringenden Einzelleistungen (z. B. Geldrenten) vertreten nach § 1107 die Stelle der Zinsen (**RG** 85, 248). Dies gilt auch dann, wenn bei einer durch Zahlung von Tilgungsbeiträgen amortisierbaren Reallast die in Geldrenten bestehenden Einzelleistungen die Tilgungsbeiträge mitenthalten; denn diese Tilgung kommt bei der Feststellung der Ablösungssumme mit in Betracht (**RG** 85, 248). Weitere Beendigungsgründe können sich aus landesgesetzlichen Vorschriften ergeben, so insbesondere aus denen über die Ablösung (Art 113 EG; OLG 2 496; 7, 374) — Wegen der Übertragung und der Übertragbarkeit der Reallast als Ganzes und der einzelnen Leistungen: §§ 1107, 1111.

5. Derjenige, **zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt,** kann bei der subjektiv-persönlichen Reallast eine natürliche oder eine juristische Person sein. Eine subjektiv-dingliche Reallast (Abs 2) kann nur für ein Grundstück (Begriff § 873 A 4) bestellt werden, nicht für einen Grundstücksbruchteil (anders beim belasteten Grundstück: § 1106). Für einen realen Grundstücksteil kann die Reallastberechtigung nur begründet werden, wenn der Teil durch Abschreibung von dem bisherigen und Übertragung auf ein anderes Grundbuchblatt zu einem selbständigen Grundstück umgestaltet wird. Denn die für das belastete Grundstück geltende Vorschrift des § 6 Satz 2 GBO (A 2) ist auf das berechtigte Grundstück nicht entsprechend anzuwenden (KGJ 53, 170). Auch kann der Eigentümer zweier Grundstücke nicht das eine zugunsten des anderen mit einer Reallast belasten. Vgl. hierüber sowie über die aus § 1009 sich ergebende Ausnahme § 873 A 7. Zulässig ist die Bestellung und Eintragung von Reallasten für mehrere Personen auf dieselben Leistungen

derart, daß die mehreren Reallasten sich gegenseitig beschränken (z. B. Altenteil für Eheleute: OLG 18, 156). Die subjektiv-dingliche Reallast wird Bestandteil des berechtigten Grundstücks (§ 96) und teilt dessen Schicksale. Den Einfluß der Teilung regelt § 1109. Vgl. ferner über gegenseitige subjektiv-dingliche Reallasten **RG** 10, 172; Gruch 28, 246.

6. Die Leistungen müssen zwar **wiederkehrende** sein, doch ist nicht (wie z. B. im § 1199) erforderlich, daß die Leistungstermine regelmäßig wiederkehren (**RG** 131, 175; RJA 2, 192; OLG 2, 413; 12, 282; 39, 242). Unregelmäßig wiederkehrende Leistungen sind z. B.: Handlohn, Kirchenbaulast (OLG 7, 35); Unterhaltung einer Einfriedigung um das belastete Grundstück, eines Zaunes, einer Turmuhr, einer Brücke, einer Überfahrt, einer Straße, eines Wehres in einem Flusse, eines Grabens (**RG** 4, 133; 11, 315; Gruch 55, 1138; KGJ 38 A 269; OLG 2, 413; 8, 127; 12, 281; 22, 407; 26, 101 f.; 35, 327). Ferner haben dauernde Leistungen als wiederkehrende zu gelten, z. B.: Erhaltung eines bestimmten Zustandes auf dem belasteten Grundstück (**RG** Gruch 55, 1138); Unterhaltung und Betrieb einer Fähre (OLG 26, 101; A 7); Unterhaltung eines Zaunes — aber nicht in Preußen nach §§ 1, 2, 6 Ges. v. 2. 3. 1850 — (OLG 43, 9). Auch brauchen die einzelnen Leistungen weder gleich oder gleichartig zu sein (RJA 2, 192; OLG 7, 32; 43, 228) noch eine fest bestimmte Höhe zu haben (OLG 12, 281; KGJ 51, 271; JFG 1, 438; OLG 43, 228). Weiter ist nach allgemeinen Grundsätzen und beim Fehlen eines Verbots die Begründung einer Reallast auch unter einer auflösenden Bedingung oder auf Zeit, sei es eine bestimmte oder eine unbestimmte (z. B. auf Lebenszeit des Berechtigten), statthaft (KGJ 21 A 314; OLG 2, 495). Insbesondere kann die Reallast amortisierbar (z. B. durch Leistungen in Geldrenten zur Verzinsung und Tilgung eines gewährten Darlehns) sein (**RG** 85, 247; KGJ 21 A 312). Dagegen kann eine einmalige Leistung (z. B. Herstellung einer Wasserleitung, Beseitigung eines überragenden Gesimses, einmalige Hofesabfindung) nicht Gegenstand einer Reallast sein (**RG** 57, 334; RJA 1, 25; OLG 26, 102). Streitig ist, ob Inhalt einer Altenteils-Reallast (Art 96 EGBGB, Art 15 Pr. AGBGB) eine einmalige Leistung (z. B. Ausrichtung des Begräbnisses des Altenteilers, Ausstattung seiner unverheirateten Kinder) sein darf. Dies ist dann zu bejahen, wenn es sich um einzelne innerhalb eines Gesamtbereichs wiederkehrender Leistungen festgesetzte, diesem Bereich innerlich angehörende Leistungen handelt, die ihrer Natur nach nur einmalig sind (JFG 1, 439). Eine Geldrentenreallast ist nicht eintragbar, wenn die Höhe der Rente nicht bestimmbar ist (JFG 1, 429). Jedoch kann eine Geldrentenreallast, bei der sich die Höhe der Rente nach dem jeweiligen Preise einer von vornherein festgesetzten Menge von Getreide bestimmt (feste Geldrente im Sinne des § 91 preuß. AblösungsGes.: A 1), bestellt und eingetragen werden (JFG 1, 432). Dasselbe gilt für den Fall der Festsetzung der Einzelleistungen mit einer Goldwertklausel (JFG 1, 434).

7. Die **Leistung** kann jeden erlaubten Inhalt haben. **Aus einem Grundstück** zu entrichten ist sie immer dann, wenn sie in irgendwelcher Beziehung zum dienenden Grundstück steht (**RG** Gruch 55, 1138). Sie kann bestehen in einem Geben, z. B.: Gewährung von Geld, Nahrungsmitteln oder anderen Sachen (RJA 2, 192; OLG 12, 281); Zahlung einer Rente zur Verzinsung und Tilgung eines Kapitals (Amortisationsquoten) während einer bestimmten Anzahl von Jahren (**RG** 85, 247; KGJ 21 A 312; OLG 2, 495); Gewährung von Holz aus Waldungen (**RG** Warn 1913 Nr 145). Sie kann aber auch bestehen in einem Tun, z. B.: Dienstleistungen, Beköstigung (**RG** Gruch 46, 131); Aufziehen einer Turmuhr (**RG** 4, 131); Instandhalten einer Brücke, einer Überfahrt (OLG 2, 413; 8, 126; 26, 101 f.); Räumung eines Grabens (OLG 12, 281); Anzeige von jedem abzuschließenden Mietvertrage über das belastete Grundstück, um dem Berechtigten den Eintritt in den Vertrag zu ermöglichen (OLG 7, 35). Schließlich kann sie auch bestehen in der Erhaltung eines bestimmten Zustandes auf dem dienenden Grundstück, z. B.: des Betriebs eines Mineralbades, eines Holzschneidewerks, einer Fähre (**RG** Gruch 55, 1138; OLG 26, 101; 26, 104). In einem Unterlassen kann die wiederkehrende Leistung nicht bestehen. Die Pflicht eines Grundstückseigentümers zum Unterlassen kann nur Gegenstand einer Dienstbarkeit sein (str.; M 3, 585; Prot 3, 734; **RG** 60, 90 ff.). Ein wegen Verstoßes gegen § 10 GewO unzulässiger Inhalt einer Reallast ist die Verpflichtung des jeweiligen Inhabers einer Gastwirtschaft, das Bier während eines bestimmten Zeitraums nur von einer bestimmten Brauerei zu beziehen (**RG** 59, 109; 63, 333). Zulässig ist bei preuß. Rentengütern die Eintragung der dem § 4 RentengutsG v. 27. 6. 1890 entsprechenden Verpflichtung zur Gebäudeerhaltung, Inventarhaltung und Versicherung (KGJ 39 A 206; 45 A 220; 51, 234 unter Preisgabe von 26 A 118). Dagegen ist unzulässig die Eintragung der dem Rentengutserwerber auferlegten Verpflichtung, das Grundstück selbst zu bewohnen und zu bewirtschaften (JW 1933, 701[1]). Vgl. auch **RG** 55, 380 (Schmiedezwang), **RG** 75, 161 (Kohlenzehnt). Über ein Tun oder die Erhaltung eines Zustandes als Nebenbestandteil einer Grunddienstbarkeit: § 1018 A 4. Über den Unterschied zwischen der Geldrente als Reallast und der Rentenschuld: § 1199 und KGJ 21 A 312; OLG 2, 496. Über den Unterschied zwischen einer Reallastberechtigung und einer Grunddienstbarkeit bei der dem Eigentümer des dienenden Grundstücks die Verpflichtung zur Unterhaltung einer Anlage obliegt: § 1021 A 2, 5.

8. Wegen der **Entrichtung der Einzelleistungen aus dem Grundstücke:** § 1107 A 2 „Befriedi-

gung". Der Reallastberechtigte kann nur wegen der Einzelleistungen, nicht wegen des Rechts im ganzen die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks betreiben. Das Reallastrecht als Ganzes zeigt hinsichtlich der Befriedigung aus dem Grundstück seine Wirksamkeit erst dann, wenn von dritter Seite die Zwangsversteigerung durchgeführt wird (Prot 3, 731). Wenn aber das Recht nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften (Art 113 EG) abgelöst ist, kann gegebenenfalls wegen der Ablösungssumme die Zwangsversteigerung betrieben werden.

§ 1106

Ein Bruchteil [1]) eines Grundstücks kann mit einer Reallast nur belastet [2]) werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht [3]).

E I 1053 II 1015; M 3 586; P 3 734.

1. Nach der den §§ 1095, 1114 (Vorkaufsrecht, Hypothek) entsprechenden Vorschrift kann zwar ein Miteigentümer seinen Anteil mit einer Reallast belasten, nicht aber der Alleineigentümer einen **Bruchteil** seines Grundstücks und auch nicht ein Miteigentümer einen Bruchteil seines Anteils (OLG 20, 407). Hier gilt entsprechend das in § 1114 A 1 Gesagte. Dagegen ist es nach § 93 zulässig, daß der Alleineigentümer eine bestimmte Teilfläche (realen Teil) eines Grundstücks belastet, da der einzelne Teil als nicht wesentlicher Grundstücksbestandteil Gegenstand besonderer Rechte sein kann. Die Abschreibung des sonderbelasteten Teils und die Eintragung als selbständiges Grundstück kann nach § 6 Satz 2 GBO unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist (KGJ 20 A 80). Vgl. dazu § 96 GBO. Wird ein mit einer Reallast belastetes Grundstück mit einem anderen unbelasteten vereinigt (§ 890 Abs 1) oder diesem als Bestandteil zugeschrieben (§ 890 Abs 2) oder wird umgekehrt dieses Grundstück jenem zugeschrieben, so tritt in keinem Falle das andere Grundstück in die Belastung für die Reallast ein (OLG 11, 332). Anders ist die Rechtslage nach § 1131 bei hypothekarischen Rechten im Falle der Zuschreibung eines Grundstücks zu einem mit solchen Rechten belasteten Grundstück.

2. Die Folge der **Belastung nur des Miteigentumsanteils** ist, daß die Zwangsvollstreckung aus der Reallast nur in diesen Anteil stattfindet (§ 864 Abs 2 ZPO). Danach ist die Zwangsvollstreckung in den Anteil auch noch zulässig, wenn das Miteigentum nicht mehr besteht, z. B. weil der andere Miteigentümer den Anteil im Wege freiwilliger Auseinandersetzung oder aus sonst einem Rechtsgrunde hinzuerworben hat oder weil beide Miteigentümer das Grundstück an einen Dritten veräußert haben.

3. Soll das **Miteigentum** im Wege der Teilungszwangsversteigerung gemäß §§ 180 bis 184 ZVG aufgehoben werden, so muß die Reallast, wenn sie auf dem Anteil des Antragstellers eingetragen steht, gemäß §§ 182, 44 ZVG in das geringste Gebot aufgenommen werden. Ist sie dagegen lediglich auf dem Anteil eines anderen Miteigentümers eingetragen, so bleibt sie nach § 182 Abs 1, 2 ZVG bei der Feststellung des geringsten Gebots unberücksichtigt und erlischt nach §§ 91, 92 ZVG durch den Zuschlag mit der Folge des Ersatzanspruchs aus dem Erlöse nach Maßgabe des Ranges, es sei denn, daß sie auf diesem Anteil einem Recht im Range vorgeht oder gleichsteht, das zugleich auch den Anteil des Antragstellers (mit) belastet (KGJ 26 A 304).

§ 1107

Auf die einzelnen Leistungen [1]) finden die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung [2]).

E I 1051, 1060 II 1016; M 3 584, 593; P 3 731, 738.

1. Auf die **einzelnen Leistungen** sollen die Vorschriften über Hypothekenzinsen deswegen entsprechende Anwendung finden, weil sie zu der Reallast im ganzen (der Reallastberechtigung) in gleichem Verhältnisse stehen wie die Hypothekenzinsen zu der Hypothekenforderung (M 3, 593). Die Reallastberechtigung im ganzen als eine selbständige, d. h. von einem persönlichen Anspruch unabhängige, dingliche Belastung des Grundstücks, wodurch die Verpflichtung des Eigentümers zu den während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen begründet wird (M 3, 584), folgt ihren eigenen Regeln. Sie hat auch gegenüber dem Recht auf die Einzelleistungen, die aus ihr fließen, selbständige rechtliche Bedeutung (RG 75, 163; 129, 213), kann Ansprüche (z. B. auf Grundbuchberichtigung nach § 894, auf Feststellung) erzeugen und, wenn sie nach Landesrecht ablösbar ist (§ 1105 A 1), ein Recht auf die Ablösungssumme gewähren (§ 1105 A 4, 8). Auf sie finden die Vorschriften über die Hypothek keine Anwendung. Daher gibt es nicht eine Eigentümerreallast entsprechend dem § 1163 Abs 1 Satz 2 (etwa im Falle einer ablösbaren Reallast durch Zahlung der Ablösungssumme) oder entsprechend dem § 1168 (Verzicht des Berechtigten). Ebenso sind, wenn die Reallast auf mehrere Grundstücke eingetragen ist, unanwendbar die §§ 1172 ff. (Besonderheiten der Eigentümerhypothek, Erlöschen der Hypothek an einem der belasteten Grundstücke) und § 1132 Abs 2 (Verteilung auf die einzelnen Grundstücke). In der Zwangsversteigerung findet aber § 50 ZVG (Erweiterung der Zahlungspflicht des Erstehers

im Falle des Nichtbestehens einer im geringsten Gebot berücksichtigten Hypothek) auf die Reallast entsprechende Anwendung (§ 51 ZVG).

2. Die **entsprechende Anwendung der Vorschriften über Hypothekenzinsen** hat nur insoweit stattzufinden, als nicht durch die §§ 1105ff. Sonderbestimmungen gegeben sind. Hiernach gilt im einzelnen folgendes: Der die **Eintragung** der Hypothek betreffende **§ 1115** ist auf die einzelnen Reallastleistungen nicht anwendbar, weil die Ausnahmebestimmung in § 1115 Abs 1 Halbs 1 (Angabe des Geldbetrags im Grundbuch) lediglich für die Eintragung der Hypothek gilt und die Eintragung der Reallast sich nach § 874 BGB, § 50 GBO richtet (**RG** 54, 93; RJA 2, 192). Dagegen sind anwendbar die **§§ 1120—1131,** welche die Erstreckung der Haftung für die Hypothek auf die dort bezeichneten Gegenstände (Zubehör, Miet- und Pachtzinsforderungen, Versicherungsgelder) regeln (str.; **RG** Warn 1916 Nr 282; LZ 1932, 553; OLG 29, 359 für einen Tonnenzins, der auf einer den Grundstücken gleichstehenden selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit eingetragen war; im Geltungsgebiet des PrAblösGes. v. 2. 3. 1850 ist aber nach §§ 6, 91 eine Tonnenzinsverpflichtung als beständige Reallast ohne feste Geldrente nicht eintragungsfähig: KGJ 47, 218). In den früheren Auflagen war aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes die Ansicht abgeleitet, daß die §§ 1120ff. im Bereich des § 1107 ausscheiden müßten. Diese Ansicht wird gegenüber der Fassung des geltenden Gesetzes nicht aufrecht erhalten. Steht die Reallast auf mehreren Grundstücken eingetragen, so kann der Berechtigte gemäß **§ 1132 Abs 1** wegen der Einzelleistungen die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen. Der **Abs 2 § 1132** (Verteilung) aber ist nicht anwendbar, da er sich auf Hypothekenzinsen nicht bezieht. Soll der Inhalt der Einzelleistung verändert werden, so gilt hinsichtlich des Erfordernisses der Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteter Grundstücke das in § 1132 A 2, 3 Bemerkte entsprechend (JW 1923, 1038[1]). Nicht anwendbar ist **§ 1133,** da er nur die Herbeiführung der Fälligkeit des Hypothekenkapitals wegen Gefährdung der Sicherheit betrifft. Dagegen kann der Reallastberechtigte im Falle gefährdender Verschlechterung des Grundstücks durch unwirtschaftliche Einwirkungen und Maßnahmen des Eigentümers, die den Wert oder den Bestand des Grundstücks verringern, zur Sicherung der Einzelleistungen mit Maßregeln einschreiten, die denen in den **§§ 1134, 1135** entsprechen. Insbesondere kann er die Unterlassungsklage erheben. Denn er braucht eine nach dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer widerrechtliche Gefährdung der Sicherheit seines Rechts nicht zu dulden (str.; **RG** Gruch 48, 351; Warn 1916 Nr 282; OLG 29, 359). Dem Beklagten sind gegenüber dem Anspruch auf einzelne Reallastleistungen die Einreden aus **§§ 1137, 1138** nicht gegeben, da diese eine dem dinglichen Recht zugrunde liegende persönliche Forderung zur Voraussetzung haben (A 1). Die **Befriedigung** wegen der Einzelleistungen (wegen des ganzen Rechts § 1105 A 4) aus dem Grundstück erfolgt nach **§§ 1147, 1148** im Wege der Zwangsvollstreckung (Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung) auf Grund eines gegen den eingetragenen Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichteten vollstreckbaren Titels. Dieser kann auch eine vollstreckbare Urkunde sein, soweit die Voraussetzungen des § 794 Nr 5 ZPO (Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere) vorliegen. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen der Reallast im ganzen ist allerdings, mögen auch die Einzelleistungen in Geldrenten bestehen, nicht zulässig, da § 800 ZPO eine solche Unterwerfung nur in Ansehung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gestattet und § 1107 nur den Rechtsinhalt betrifft, überdies auch auf die Reallastberechtigung im ganzen nicht Anwendung findet (OLG 5, 132). Für die Befriedigung durch einen Dritten gilt entsprechend **§ 1150** nebst § 268. Die **Übertragung** des Anspruchs auf rückständige Einzelleistungen vollzieht sich nach **§ 1159 Abs 2** in Verbindung mit § 398 durch einen keiner Form bedürfenden Abtretungsvertrag. Dabei richtet sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften (§§ 398—413). Die Vorschriften der **§§ 1154 bis 1157** finden daher keine Anwendung. Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kann sich der Erwerber nach § 1159 Abs 2 nicht berufen. Pfändung und Überweisung erfolgen nach § 830 Abs 2, § 837 Abs 2 ZPO gemäß §§ 829, 835 ZPO (JW 1932, 1564[2]; HRR 1932 Nr 1003). Die Übertragung des Anspruchs auf noch nicht fällige Einzelleistungen bestimmt sich nach den für die Übertragung des Hauptrechts geltenden Vorschriften, also nach § 873. Soweit es sich dabei um Leistungen der im **§ 1158** bezeichneten Art handelt, gelten nach § 1158 für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die §§ 404, 406—408. Bei anderen nicht fälligen Leistungen wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugunsten des Erwerbers. Wegen der Übertragbarkeit vgl. § 1111 A 2. Soweit die Einzelleistung übertragbar ist, kann sie auch belastet (z. B. nach §§ 1274, 398 verpfändet) werden. **Erlöschen** des Anspruchs auf die Einzelleistung tritt, sofern nicht einem Dritten (z. B. kraft Abtretung) ein Recht darauf zusteht, nach **§ 1178 Abs 1** infolge Vereinigung des Eigentums mit der Reallastberechtigung in einer Person ein, obwohl die Reallastberechtigung selbst nach § 889 trotz der Vereinigung nicht erlischt. Für die Dauer der Vereinigung kommen bei fällig werdenden Einzelleistungen, für die der Eigentümer nach § 1108 persönlich haftet, die **§§ 1177 Abs 2, 1197** (Vereinigung des Eigentums mit einer

verzinslichen Hypothek, deren Forderung dem Eigentümer selbst zusteht) zur Anwendung. Danach kann der Eigentümer und gleichzeitige Reallastberechtigte fällig gewordene Einzelleistungen nur im Falle der von einem anderen ausgebrachten Zwangsverwaltung und auch nur für deren Dauer aus der Zwangsverwaltungsmasse verlangen, also im Falle der Zwangsversteigerung aus der Zwangsversteigerungsmasse überhaupt nicht (**RG** 60, 362). Zum Verzicht auf rückständige Einzelleistungen genügt nach **§ 1178 Abs 2** die formlose Erklärung des Reallastberechtigten gegenüber dem Eigentümer. Solange aber einem Dritten ein Recht an dem Anspruch (z. B. durch Abtretung) zusteht, ist auch die Zustimmung des Dritten erforderlich. Für den Verzicht auf noch nicht fällige Einzelleistungen ist § 875 maßgebend. Danach bedarf es insbesondere der Eintragung in das Grundbuch. — Nach §§ 194, 197, 201 in Verbindung mit § 902 Abs 1 Satz 2 vollzieht sich die **Verjährung** rückständiger Einzelleistungen ebenso wie die rückständiger Hypothekenzinsen in vierjähriger Verjährungsfrist. Die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in dem der Anspruch auf die Einzelleistung zur Entstehung gelangt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Einzelleistungen „regelmäßig" wiederkehrende oder (§ 1105 A 6) nicht in regelmäßig wiederkehrenden Zeiten zu entrichtende Leistungen sind. Nach der Bestimmung des § 197 sollen Ansprüche auf Rückstände von Renten, Auszugsleistungen, Besoldungen, Wartegeldern, Ruhegehalten, Unterhaltsbeiträgen und allen anderen „regelmäßig" wiederkehrenden Leistungen ebenso wie Ansprüche auf Rückstände von Zinsen, die nicht regelmäßig wiederkehrende zu sein brauchen, in vier Jahren verjähren. Daraus ist nicht zu folgern, daß nur „regelmäßig" wiederkehrende Einzelleistungen aus der Reallast in vier Jahren verjähren. In M 3, 306 war zwar bemerkt, daß zu den regelmäßig wiederkehrenden Leistungen namentlich die Reallasten gehören. Dabei war aber hinzugefügt, „soweit bei diesen die bezeichnete Voraussetzung zutrifft", und auf § 1060 verwiesen, der dem § 1107 des Gesetzes entspricht. Nach dieser Geschichte des Gesetzes und bei Berücksichtigung des Umstandes, daß § 1107 eine Sonderbestimmung darstellt, ist die Auffassung gerechtfertigt, daß auch unregelmäßig wiederkehrende Leistungen aus einer ein Grundstück im Sinne des § 1105 belastenden Reallast hinsichtlich der Verjährung den Hypothekenzinsen gleichstehen (str.). — Endlich ist noch zu bemerken: § 289 ist anwendbar. Verzugszinsen von rückständigen Einzelleistungen sind also nicht zu entrichten. Die Wirkung des Urteils über einen Anspruch aus einer Reallast im Falle der Veräußerung des belasteten Grundstücks regelt § 325 Abs 3 ZPO. Gewisse Einzelleistungen haben in der Zwangsversteigerung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung (§ 10 Nr 4 ZVG).

§ 1108

Der Eigentümer [1]) haftet für die während der Dauer seines Eigentums fällig [2]) werdenden Leistungen auch persönlich [3]), soweit nicht ein anderes bestimmt ist [4]).

Wird das Grundstück geteilt [5]), so haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner [6]).

E I 1056 II 1017; M 3 587, 588; P 3 730, 735f.

1. Sind mehrere **Eigentümer** des belasteten Grundstücks vorhanden oder steht die Reallast auf mehreren, verschiedenen Personen gehörigen Grundstücken eingetragen, so findet die Vorschrift des § 420 Anwendung. Danach ist, wenn mehrere eine teilbare Leistung schulden, im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet. Aus Abs 2 § 1108 ist eine regelmäßige Haftung als Gesamtschuldner auch bei teilbaren Leistungen nicht zu entnehmen. Denn hier liegt eine Sonderbestimmung vor, die darauf beruht, daß im Falle der Teilung des belasteten Grundstücks eine Teilung der Schuld unter die verschiedenen Eigentümer nach Köpfen gegenüber dem Berechtigten unbillig erscheint und auch ein Teilungsmaßstab fehlt (M 3, 588). Würden mehrere Eigentümer allgemein als Gesamtschuldner haften, so hätte es der Aufnahme des Abs 2 nicht bedurft, da die Grundstücksteile zu selbständigen Grundstücken werden und folglich nunmehr die Reallast auf mehreren, verschiedenen Eigentümern gehörigen Grundstücken lastet. Die Aufnahme des Abs 2 spricht daher gegen die allgemeine Haftung als Gesamtschuldner (str.; M 3, 588). Nur dann, wenn die Miteigentümer oder die Eigentümer der mehreren Grundstücke selbst die Reallast gemeinschaftlich bestellt haben, kann die nur für den Zweifelsfall gegebene Bestimmung des § 420 nicht gelten. Denn dann ist als Wille der Beteiligten ihre Haftung als Gesamtschuldner nach § 421 auch hinsichtlich teilbarer Leistungen anzunehmen, und zwar ohne Rücksicht auf § 427, der nur dann in Betracht käme, wenn sich die mehreren Eigentümer gegenüber dem Berechtigten durch besonderen Vertrag gemeinschaftlich zur Gewährung der teilbaren Leistungen verpflichtet hätten (str.). Das Verhältnis der mehreren Eigentümer zueinander bestimmt sich nach §§ 748, 755.

2. Soweit die dem Eigentümer obliegenden Einzelleistungen **während der Dauer seines Eigentums fällig** geworden sind, bleibt seine persönliche Haftung bestehen, auch wenn er nicht mehr Eigentümer ist, z. B. das Grundstück veräußert oder nach § 928 aufgegeben hat. Anderseits

haftet er für die zur Besitzzeit eines Rechtsvorgängers fällig gewordenen Leistungen nicht persönlich, sondern nur dinglich mit dem Grundstück. Ebenso haftet für die Rückstände aus seiner Besitzzeit sein Besitznachfolger nur dinglich, falls dieser nicht sein Erbe ist oder die Schuld ausdrücklich übernommen hat. Im Verhältnisse zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem Besitznachfolger aber bestimmt sich die Verpflichtung zur Tragung der Leistungen nach § 103.

3. **Auch persönlich haftet der Eigentümer** für die vom Gesetz bezeichneten (A 2) Einzelleistungen neben der aus § 1105 sich ergebenden dinglichen Haftung mit dem Grundstück (vgl. für früheres Recht **RG** 16, 141; 60, 56). Diese Haftung trifft ihn ohne Rücksicht darauf, ob er der Besteller der Reallast ist oder nicht (**RG** 70, 172) und auf welche Weise er das Eigentum erworben hat, also z. B. auch dann, wenn ihm das Grundstück als Ersteher zugeschlagen ist (**RG** 60, 56). Auf die persönliche Haftung finden die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung. Sie erlischt insbesondere nach Maßgabe der §§ 362ff. Für Art und Umfang der persönlichen Haftung bleibt aber immer maßgebend die dingliche Belastung des Grundstücks, wie sie sich aus dem Grundbuch ergibt; zu einer anders gearteten oder größeren Leistung ist der Eigentümer auch persönlich nicht verpflichtet (**RG** 108, 295). Für die dingliche Klage auf Leistung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1107 A 2 „Befriedigung") ist das Gericht des belegenen Grundstücks nach § 24 ZPO ausschließlich zuständig. In diesem Gerichtsstande kann nach § 26 ZPO auch die persönliche Klage gegen den Eigentümer erhoben werden (vgl. auch § 25 ZPO). Im Falle einer Klage auf künftige Entrichtung von Reallastleistungen gemäß § 258 ZPO darf der beklagte Eigentümer, wenn er das Grundstück im Lauf des Rechtsstreits veräußert, wegen der erst nach der Veräußerung fällig werdenden Leistungen nicht verurteilt werden, da er für diese Leistungen weder dinglich noch persönlich haftet (A 2; **RG** 70, 172).

4. Eine **andere Bestimmung** kann bei der Bestellung der Reallast oder nachträglich durch Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Reallastberechtigten getroffen werden. Dabei kann die persönliche Haftung beschränkt oder auch gänzlich ausgeschlossen werden, so daß eine Reallast mit lediglich dinglicher Haftung auch für die Einzelleistungen besteht. Da die dingliche Belastung mit einer Reallast kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift an sich die Wirkung hat, daß der Eigentümer für die zu seiner Besitzzeit fällig werdenden Einzelleistungen persönlich haftet und nur eine andere Bestimmung vom Gesetze zugelassen ist, so betrifft eine solche andere Bestimmung den Inhalt der dinglichen Belastung selbst. Deshalb findet hierauf, wenn sie bei der Bestellung erfolgt, § 873 und, wenn sie nachträglich festgesetzt wird, § 877 Anwendung. Sie bedarf daher zur dinglichen Wirkung (z. B. gegenüber einem Erwerber der Reallastberechtigung) der Eintragung (str.).

5. **Wird das belastete Grundstück geteilt,** so haften die einzelnen Teile für die Reallast im ganzen und für die Einzelleistungen wie bisher. Die Reallastberechtigung wird auf die für die abgetrennten Teile anzulegenden neuen Grundbuchblätter übertragen. Bezüglich der Befriedigung wegen der Einzelleistungen aus der Gesamtheit der Grundstücksteile findet § 1132 Abs 1 gemäß § 1107 Anwendung (§ 1107 A 2 „Befriedigung"). Soll die Übertragung nicht erfolgen, so ist die Aufgabeerklärung des Reallastberechtigten bezüglich der freizulassenden Teile gemäß § 875 erforderlich. Wenn die Reallast mit dem Recht eines Dritten belastet ist, kommt auch § 876 zur Anwendung (vgl. auch § 21 GBO). Gemäß Art 120 Abs 1, 2 Nr 1 EG kann aber nach landesgesetzlicher Vorschrift auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses die belastungsfreie Abschreibung oder die Verteilung der Reallast auf die einzelnen Teile erfolgen. Vgl. ferner bezüglich der Reallasten für den Staat oder eine öffentliche Anstalt Art 121 EG. Die Teilbarkeit und Verteilung einer Deichlast behandelt OLG 12, 131. Die Rechtsfolgen der Teilung des Grundstücks des Berechtigten regelt § 1109.

6. Der gesetzgeberische Grund für die Haftung der Teileigentümer **als Gesamtschuldner** ergibt sich aus A 1. Auf die Gesamthaftung finden die §§ 421—426 Anwendung.

§ 1109

Wird das Grundstück des Berechtigten geteilt [1]), so besteht die Reallast für die einzelnen Teile fort [2]). Ist die Leistung teilbar, so bestimmen sich die Anteile der Eigentümer nach dem Verhältnisse der Größe der Teile; ist sie nicht teilbar, so finden die Vorschriften des § 432 Anwendung [3]). Die Ausübung des Rechtes ist im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird [4]).

Der Berechtigte kann bestimmen, daß das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll. Die Bestimmung hat dem Grundbuchamte gegenüber zu erfolgen und bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Vorschriften der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung [5]). Veräußert der Berechtigte einen Teil des Grundstücks, ohne eine solche Bestimmung zu treffen, so bleibt das Recht mit dem Teile verbunden, den er behält [6]).

Gereicht die Reallast nur einem der Teile zum Vorteile, so bleibt sie mit diesem Teile allein verbunden [7]).

E I 1058 II 1019; M 3 590; P 3 736f.

1. Eine **Teilung des Grundstücks des** aus der subjektiv-dinglichen Reallast **Berechtigten** erfolgt in der Regel deshalb, weil ein Teil oder mehrere Teile oder auch sämtliche Teile des bisher in einer Hand befindlich gewesenen Grundstücks durch Veräußerung in das Eigentum eines anderen übergehen. Der Eigentümer kann aber auch kraft seines Eigentums das bisher einheitliche Grundstück ohne eine Veräußerung dergestalt teilen, daß ein bisheriger Bestandteil zu einem selbständigen Grundstück wird, sei es unter Übertragung auf ein anderes Grundbuchblatt, sei es unter Eintragung als selbständiges Grundstück auf dem bisherigen Grundbuchblatt (§§ 3, 4, 96 GBO). Auch auf diesen Fall der Teilung ohne Eigentumswechsel findet § 1109 Anwendung (KGJ 53 172). Wird umgekehrt das Grundstück des Berechtigten mit einem anderen Grundstück vereinigt (§ 890 Abs 1) oder einem anderen Grundstück zugeschrieben (§ 890 Abs 2), so wird nach dem Grundsatz der Untrennbarkeit der Reallastberechtigung von dem berechtigten Grundstück (§ 1110) das andere Grundstück nicht mitberechtigt (M 3, 592). Deshalb ist im Grundbuch zu vermerken, daß nur das erstere Grundstück berechtigt ist.

2. Die als Regelsatz aufgestellte Bestimmung, daß die **Reallast für die einzelnen Teile fortbesteht,** bedeutet: Die Reallastberechtigung als Ganzes (**RG** 75, 163) im Gegensatz zu den einzelnen Leistungen, über die Satz 2 Bestimmung trifft, besteht für die einzelnen Teile als nunmehr selbständige Grundstücke in der Weise, daß die Reallastberechtigung ein gemeinschaftliches Recht der einzelnen Grundstücke im Sinne der §§ 741ff. ist. Dadurch wird der Umfang der Belastung des verpflichteten Grundstücks selbstverständlich nicht vergrößert. Was bei der Ausübung des Rechts im Hinblick auf eine mögliche größere Beschwerung des Eigentümers zu gelten hat, bestimmt Abs 1 Satz 3. Die Regel des Abs 1 Satz 1 gilt jedoch nicht für sog. Reallasten mit örtlicher Beziehung zu dem berechtigten Grundstück. Für diese ist Abs 3 maßgebend. Aber auch für die sog. Reallasten ohne örtliche Beziehung (z. B. Geldleistungen) gilt die Regel nach Abs 2 Satz 1 nicht, wenn der Berechtigte die dort zugelassene Bestimmung nach Maßgabe des Abs 2 Satz 2 trifft, daß das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll. Ebenso gilt jene Regel nach Abs 2 Satz 3 nicht, wenn der Berechtigte einen Teil des Grundstücks veräußert, den anderen für sich behält. Auch wenn der Berechtigte in diesem Falle keine solche Bestimmung trifft, bleibt das Recht nur mit dem ihm verbleibenden Teil verbunden.

3. Sind die **Einzelleistungen teilbar** (§ 752; OLG 12, 132), so sind die mehreren Berechtigten nur teilberechtigt und zwar, abweichend von der für die Gemeinschaft gegebenen Vorschrift des § 742, nach Verhältnis der Größe ihrer Grundstücksteile. Im Falle der **Unteilbarkeit** kann dagegen nach dem anzuwendenden § 432 der verpflichtete Eigentümer nur an alle Berechtigten gemeinschaftlich leisten; jeder Berechtigte kann nur die Leistung an alle fordern, aber verlangen, daß der verpflichtete Eigentümer die geschuldete Leistung für alle Berechtigten hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich (§ 165 FGG) zu bestellenden Verwahrer abliefert.

4. Nur **im Zweifel** darf, entsprechend der Vorschrift des § 1025 Satz 1, die Ausübung des Rechts durch die mehreren Berechtigten **für den verpflichteten Eigentümer nicht beschwerlicher** sein. Diese Auslegungsregel greift daher nicht Platz, wenn bei der Bestellung der Reallast für den Fall der Teilung eine dem verpflichteten Eigentümer beschwerlichere Ausübung für zulässig erklärt ist.

5. Die **Bestimmung des Berechtigten, daß** die Reallast **nur mit einem der Teile verbunden sein soll,** bedarf keiner Form. Sie muß aber **gegenüber dem Grundbuchamt** (§ 875 A 10) erfolgen und in das Grundbuch des belasteten Grundstücks eingetragen werden. Nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des **§ 876** ist, wenn das Grundstück des Berechtigten mit dem Recht eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich, es sei denn, daß sein Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird. Nach § 21 GBO ist aber formellrechtlich zur Löschung auf dem Blatt des nicht mehr berechtigten Teiles die Zustimmung nur dann nötig, wenn die Reallastberechtigung auf dem Blatt der berechtigten Grundstücks gemäß § 8 Abs 1 GBO vermerkt ist. Nach Maßgabe des § 878 wird die Bestimmung des Berechtigten durch eine nachträgliche Verfügungsbeschränkung nicht unwirksam. Vgl. ferner Art 120 Abs 2 Nr 2 EG (Unschädlichkeitszeugnis).

6. **Veräußert der Berechtigte einen Teil des Grundstücks,** so kann er nach Abs 2 Satz 1 bestimmen, daß dem veräußerten oder daß dem zurückbehaltenen Teil das Recht ausschließlich zustehen soll. In beiden Fällen findet § 876 Anwendung (A 5). Trifft der Berechtigte **keine Bestimmung,** so bleibt nach Abs 2 Satz 3 das Recht mit dem zurückbehaltenen Teil ausschließlich verbunden. Dies wird vom Gesetz als gewollt unterstellt (M 3, 591). Daher ist auch in diesem Falle entgegen der herrschenden Meinung die Anwendung des § 876 für geboten zu erachten. Denn das Erlöschen des Rechts für den veräußerten Teil ist nicht gesetzliche Folge der Veräußerung, sondern ist ebenso wie in den beiden vorgenannten Fällen auf den Willen des Berechtigten zurück-

zuführen, der nach dem Gesetz in dem ohne Bestimmung geschlossenen Veräußerungsgeschäft genügend zum Ausdruck gebracht sein soll.

7. **Gereicht die Reallast nur einem der Teile zum Vorteil,** so erlischt sie bei der Teilung an den anderen Teilen (vgl. § 1025 Satz 2). Sie ist auf den Blättern dieser nicht mehr berechtigten Teile von Amts wegen zu löschen (§ 8 Abs 2 GBO). Der Zustimmung Dritter, mit deren Recht das Grundstück belastet ist, bedarf es nach § 876 Satz 2 hier nicht, da ihr Recht durch die Aufhebung der Reallastberechtigung für die anderen Teile nicht berührt wird.

§ 1110

Eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast kann nicht von dem Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden [1])

E I 1057 II 1018; M 3 589; P 3 736f.

1. Aus dem hier, wie für das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht im § 1003 Abs 1, aufgestellten **Grundsatz der Untrennbarkeit der subjektiv-dinglichen Reallast** folgt: Die Reallast kann für sich allein, ohne das berechtigte Grundstück, nicht auf ein anderes Rechtssubjekt, sei es eine Person oder ein anderes Grundstück, übertragen und daher auch nicht gepfändet werden (**RG** 12, 202). Ihre Belastung kann nur zugleich mit der des Grundstücks erfolgen. Sie geht im Falle der Veräußerung des Grundstücks, sei es auch im Wege der Zwangsversteigerung (§ 865 Abs 1 ZPO; § 20 Abs 2, § 90 Abs 2 ZVG), auf den Erwerber mit über (M 3, 590; Prot 3, 737). Auf die vor dem Inkrafttreten des BGB begründeten Reallasten findet § 1110 gemäß Art 184 EG keine Anwendung. Denn zum Inhalt des Rechts im Sinne letzterer Vorschrift gehört auch die Übertragbarkeit, da unter dem Inhalt eines Rechts die Gesamtheit der Befugnisse und Verpflichtungen des Berechtigten zu verstehen ist (str.).

§ 1111

Eine zugunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden [1]).

Ist der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar, so kann das Recht nicht veräußert oder belastet werden [2]).

E I 1059 II 1020; M 3 592; P 3 738.

1. Die **Verbindung der subjektiv-persönlichen Reallast mit dem Eigentum an einem Grundstück,** also die Umwandlung einer solchen Reallast in eine subjektiv-dingliche, ist verboten, weil dadurch der Verpflichtete beschwert werden würde.

2. Regelmäßig kann die subjektiv-persönliche Reallast als Ganzes **veräußert** und (z. B. mit einem Nießbrauch, einem Pfandrecht) **belastet** werden. Beides geschieht nach § 873 (Pfändung nach § 857 Abs 6, § 830 Abs 1 Satz 2 ZPO). Eine Ausnahme hiervon enthält Abs 2 für den Fall, daß die **Einzelleistung,** deren regelmäßig zulässige Übertragung nach § 1107 erfolgt, ausnahmsweise **nicht übertragbar** ist. Ob ein solcher Fall vorliegt, bestimmt sich nach §§ 399, 400, 413. Vgl. auch Art 115 EG und bezüglich der Pfändung § 851 ZPO (JW 1932, 1564[2]; HRR 1932 Nr 1003). Als unübertragbar kommen hier namentlich in Betracht persönliche Dienstleistungen, Pflege, Bespeisung usw. durch den Eigentümer des belasteten Grundstücks, wie sie besonders bei Altenteilen häufig sind. Auch wenn nur eine von mehreren Einzelleistungen unübertragbar ist, wie das z. B. beim Altenteil häufig der Fall ist (OLG 8, 131), kann nach dem Wortlaut des Abs 2 das Reallastrecht weder ganz noch zum Teil veräußert oder belastet werden. § 1059 E I (M 3, 592) und Prot 3, 738 hatten unter Aufnahme des Wortes „soweit" sich für die Zulässigkeit der Teilveräußerung entschieden. Dies ist demnächst geändert (str.). Sind mit Reallasten, wie beim Altenteil häufig, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (z. B. Wohnungsrecht, Recht zum Benutzen eines Gartens) verbunden, so sind die Dienstbarkeiten nicht übertragbar (§ 1092) und deshalb die Reallasten wenigstens dann ebenfalls unübertragbar, wenn nach dem Willen der Beteiligten alle Rechte dasselbe rechtliche Schicksal haben sollten (KGJ 40 A 250; RJA 9, 69; OLG 8, 131; 34, 195). Bei dem auf Leistung einer Geldrente gerichteten Altenteil sind die Einzelansprüche auf die Rentenbeträge abtretbar (**RG** 140, 60). Grundsätzlich ist das subjektiv-persönliche Reallastrecht vererblich, da Gegenteiliges nicht bestimmt ist (str.). Unvererblich ist es jedoch, wenn es nicht veräußerlich ist oder sich aus dem Wesen der Berechtigung ergibt, daß sie (wie z. B. das Altenteil) nur für die Lebenszeit des Berechtigten bestehen soll. § 1111 gilt nach Art 189 EG auch für die früher begründeten Reallasten.

§ 1112

Ist der Berechtigte unbekannt, so finden auf die Ausschließung seines Rechtes die Vorschriften des § 1104 entsprechende Anwendung [1]).

E II 1021; P 3 738.

1. Wird der **unbekannte Berechtigte** einer subjektiv-persönlichen Reallast wie ein unbekannter Hypothekengläubiger oder Vorkaufsberechtigter unter den Voraussetzungen der §§ 1104, 1170 BGB im Aufgebotsverfahren nach Maßgabe der §§ 946ff., 988, 1024 ZPO durch vorbehaltloses (RG 67, 95; RJA 6, 145) Ausschlußurteil mit seinem Recht ausgeschlossen, so erlischt das Recht. Dann kann unter Vorlegung des Ausschlußurteils die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung gemäß § 22 GBO beantragt werden. Dies gilt nach Art 189 EG auch für die früher begründeten Reallasten.

Achter Abschnitt

Hypothek Grundschuld Rentenschuld

1. Die **Rechtsformen der hypothekarischen Belastung** sind **Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld.** Die Begriffsbestimmung für die Hypothek gibt § 1113, für die Grundschuld § 1191 und für die Rentenschuld § 1199. Danach haben alle drei Belastungsarten die Zahlung bestimmter Geldsummen aus dem Grundstück, und zwar die Rentenschuld solche Zahlung in regelmäßig wiederkehrenden Terminen, zum Gegenstande. Der Unterschied zwischen der Hypothek einerseits und der Grundschuld sowie der Rentenschuld anderseits besteht darin, daß bei der Hypothek die Zahlung zur Befriedigung einer dem Berechtigten zustehenden persönlichen Forderung erfolgen soll, während die Grundschuld und die Rentenschuld grundsätzlich in keinem Zusammenhang mit einem Forderungsrecht stehen (§ 1192). Bei der Grundschuld (Rentenschuld) haftet dem Gläubiger lediglich das Grundstück. Dagegen kann der Gläubiger bei der Hypothek sich auch an seinen persönlichen Schuldner halten. Ist dieser zugleich Grundstückseigentümer, so hat der Gläubiger der Hypothek mithin den Zugriff sowohl auf das Grundstück als auch auf das übrige Vermögen des Schuldners. Anderseits ist der Rechtsbestand der Grundschuld (Rentenschuld) völlig unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung, die dem Gläubiger etwa daneben noch zusteht. Bei der Hypothek hat das Nichtbestehen oder das Erlöschen der Forderung zwar auch nicht die Folge, daß das dingliche Recht nichtig ist oder wird. Das dingliche Recht wird dann aber aus einer Hypothek für den Gläubiger zu einer Grundschuld für den Eigentümer (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1). Ferner kann bei der Hypothek der Eigentümer gegenüber der Verfolgung des dinglichen Rechts auch die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen (§ 1137). Die Hypothek zerfällt in zwei Arten: **Sicherungshypothek,** deren Begriffsbestimmung § 1184 gibt, und gewöhnliche Hypothek, die mit dem im BGB allerdings nicht enthaltenen Ausdruck **Verkehrshypothek** bezeichnet zu werden pflegt. Bei der Geltendmachung des dinglichen Rechts (§ 1147 A 4) aus der Verkehrshypothek wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch in Ansehung der Forderung, so daß deren Bestehen vermutet wird und dem gutgläubigen Erwerber der Hypothek Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältnis und aus der Person seines Rechtsvorgängers nicht entgegengesetzt werden können (§§ 1138, 1156, 892, 893, 1140). Dagegen muß der Sicherungshypothekar das Bestehen der Forderung beweisen. Im Falle der Übertragung der Hypothek auf ihn steht sein Erwerb hinsichtlich der Einwendungen aus der Forderung gleich der Übertragung einer persönlichen Forderung (§§ 1184 Abs 1, 1185 Abs 2, 404ff.). Im übrigen finden aber auf die Grundschuld (Rentenschuld) die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung (§§ 1192, 1199). Auch ist die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt zulässig (§ 1198). Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek kraft Gesetzes (§ 1177 Abs 1) in eine Grundschuld **(Eigentümergrundschuld).**

2. a) Die **rechtsgeschäftliche Begründung** eines hypothekarischen Rechts vollzieht sich in derselben Weise, in der sonst ein dingliches Recht an einem Grundstück bestellt wird. Nach § 873 ist Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger über die Hypothekbestellung und Eintragung erforderlich (§ 873 A 7, 10). Ist die Hypothek auf Bewilligung des Eigentümers eingetragen worden und hat der als Gläubiger Eingetragene die Hypothek, sei es auch nur stillschweigend, angenommen, so ist die Einigung zustande gekommen, mögen auch vorher Verhandlungen zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger nicht stattgefunden haben; die Eintragungsbewilligung des Eigentümers ist dann Bestandteil der Einigung (RG 54, 384; 89, 32; 89, 374). Ist eine Einigung der Eintragung vorangegangen, hat sie aber einen weitergehenden Inhalt als das Eingetragene, so kann aus dem der Eintragung nachfolgenden Verhalten der Beteiligten auf ihre Einigung dahin zu schließen sein, daß die Hypothek so, wie sie eingetragen ist, Bestand haben soll (RG 108,

148). Ist aber das hypothekarische Recht ohne vorangehende Einigung eingetragen worden und ist auch nachträglich keine Einigung zustande gekommen oder ist die Einigungserklärung auch nur eines der Beteiligten (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit) nichtig oder (z. B. wegen Irrtums, Betrugs) anfechtbar und angefochten, so ist das eingetragene Recht nichtig und das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden (RG 89, 31; Gruch 59, 901; JW 1912, 296[15]). Der Eigentümer kann dann von dem als Gläubiger Eingetragenen die Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 verlangen (RG 89, 368; JW 1912, 296[15]). Eine nichtige Hypothek wandelt sich im Falle ihrer Vereinigung mit dem Eigentum auch nicht gemäß § 1177 Abs 1 in eine Eigentümergrundschuld um (§ 1177 A 1). Erlangt aber ein gutgläubiger Erwerber durch Rechtsgeschäft das nichtige hypothekarische Recht, so erhält dieses gemäß § 892 nunmehr rechtlichen Bestand (§ 892 A 5). Ausnahmen von dem Erfordernisse der Einigung gelten nach § 1188 bei der Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber und nach § 1196 bei der Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer selbst. In diesen Fällen genügt die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers. Anderseits erwirbt der Gläubiger das hypothekarische Recht schon im Augenblick der rechtsgültigen Bestellung durch Einigung und Eintragung nur dann, wenn die Erteilung des Hypothekenbriefs (Grundschuldbriefs) ausgeschlossen ist (sog. Buchhypothek, Buchgrundschuld). Ist dagegen die Erteilung des Hypothekenbriefs (Grundschuldbriefs) nicht ausgeschlossen (sog. Briefhypothek, Briefgrundschuld), so erwirbt der Gläubiger die Hypothek (Grundschuld) erst mit der Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers; bis dahin steht sie dem Eigentümer zu (§§ 1117, 1163 Abs 2, 1192). Enthält dasjenige, dessen Eintragung bewilligt ist, alle Kennzeichen einer Hypothek, so hat es der Grundbuchrichter, auch wenn es in der Eintragungsbewilligung unrichtig (z. B. als Last) bezeichnet ist, als Hypothek in die dafür bestimmte Abteilung des Grundbuchs einzutragen (RG 94, 7). Wenn der Grundbuchrichter aber (versehentlich) die Eintragung unter der unrichtigen Bezeichnung bewirkt, sei es auch in eine für Hypotheken nicht bestimmte Abteilung des Grundbuchs, so verletzt er damit nur Ordnungsvorschriften der Landesjustizverwaltungen. Die Eintragung ist also nicht nichtig; das Eingetragene gilt vielmehr als Hypothek, sofern nur aus dem Eintragungsvermerk erkennbar ist, daß es sich um eine Hypothek handelt (RG 94, 8; § 873 A 10 über die Richtigstellung der Eintragung in solchem Falle).

Zwischen der **Briefhypothek** (Briefgrundschuld) und der **Buchhypothek** (Buchgrundschuld) bestehen auch sonst noch Verschiedenheiten. Dies gilt namentlich von der Form der Übertragung und der Belastung (unten b). Ferner wird der Brief in gewisser Hinsicht dem Grundbuch hinsichtlich des öffentlichen Glaubens gleichgestellt (§§ 1140, 1155). Weiter hat der Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek (Grundschuld) und, wenn bei der Hypothek der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, auch bei der Geltendmachung der Forderung den Brief auf Verlangen vorzulegen (§§ 1160, 1161). Vgl. auch die §§ 1144, 1145 (Anspruch des Eigentümers auf Aushändigung oder Vorlegung des Briefs zwecks Herstellung eines Teilbriefs bei völliger oder teilweiser Befriedigung des Gläubigers). Die Erteilung des Briefs bildet die Regel (§ 1116 Abs 1). Die Bildung des Briefs kann aber nach Maßgabe des § 1116 Abs 2 ausgeschlossen werden. Bei der Sicherungshypothek ist sie durch das Gesetz (§ 1185 Abs 1) ausgeschlossen, so daß eine solche Hypothek stets Buchhypothek ist.

b) Die **rechtsgeschäftliche Übertragung** und **Belastung** (mit Nießbrauch, Pfandrecht) erfolgt bei der Buchhypothek (Buchgrundschuld) in der Regel nach § 873 durch Einigung (zwischen dem Gläubiger und dem Erwerber) und Eintragung (§§ 1154 Abs 3, 1069, 1274, 1291). Ausnahme: § 1187 Satz 3 (Sicherungshypothek für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren). Die Übertragung (Belastung) einer Briefhypothek (Briefgrundschuld) bedarf nicht der Eintragung. Sie kann sich außerhalb des Grundbuchs durch Übergabe des Briefs vollziehen, erfordert aber Abtretungs- (Belastungs-) Erklärung in schriftlicher Form (§§ 1154 Abs 1, 2, 1069, 1274, 1291) Ausnahme: §§ 1159, 1200 (Rückstände an Zinsen oder anderen Nebenleistungen, Kosten), § 1195 (Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs), § 1200 (Rentenschuld für die einzelnen Rentenschuldleistungen).

c) Für die **rechtsgeschäftliche Inhaltsänderung** ist in der Regel die Vorschrift des § 877 maßgebend. Sonderbestimmungen finden sich aber in §§ 1116 (Ausschließung und Einführung der Brieferteilung), 1119 (Änderung der Zinsen und Zahlungsbedingungen), 1132 Abs 2 (Verteilung der Gesamthypothek), 1180 (Ersatz der gesicherten Forderung durch eine andere), 1186 (Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek und umgekehrt), 1198 (Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt), 1203 (Umwandlung einer Rentenschuld in eine Grundschuld und umgekehrt). Über die **Rangänderung** trifft § 880 Abs 2 Bestimmung. § 1151 bringt eine Ausnahmevorschrift für die Rangänderung bei Teilung der Hypothekenforderung.

d) Für die **rechtsgeschäftliche Aufhebung** der hypothekarischen Rechte tritt zu den bei allen dinglichen Rechten geltenden Erfordernissen des § 875 noch ein weiteres hinzu: Nach § 1183 (§§ 1192, 1199) muß der Eigentümer zustimmen.

3. a) **Kraft Gesetzes:** entstehen Sicherungshypotheken in den Fällen des § 1287 BGB

und des § 848 Abs 2 ZPO (Verpfändung und Pfändung eines Anspruchs auf Übertragung von Grundeigentum; dazu IFG 1, 301; 2, 448; 3, 297; 8, 318); werden Hypotheken gemäß verschiedenen Sonderbestimmungen auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übertragen § 1143 A 3); wird der Inhalt der Hypothek geändert in den Fällen § 1177 Abs 1 (Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld bei Vereinigung mit dem Eigentum), §§ 1164, 1173 Abs 2, 1174, 1182 (Eintritt einer Ersatzforderung in die hypothekarische Sicherung); werden hypothekarische Rechte aufgehoben in den Fällen § 1181 (Befriedigung aus dem Grundstück; vgl. jedoch § 1182), §§ 1173—1175 (Gesamthypothek), §§ 1178, 1200 (Rückstände an Zinsen usw., Kosten, einzelne Rentenschuldleistungen).

b) **Im Wege der Zwangsvollstreckung:** werden gemäß §§ 866, 867, 932 ZPO Zwangs- und Arresthypotheken als Sicherungshypotheken eingetragen (vgl. auch §§ 128, 130 ZVG und § 54 FGG: Ersuchen des Vollstreckungsgerichts, des Vormundschaftsgerichts; ferner Art 91 EG); werden hypothekarische Rechte, auch Eigentümergrundschulden (**RG** 55, 378; 56, 13; 56, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279; JW 05, 81[22]) gemäß §§ 830, 857 Abs 6 ZPO gepfändet durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses und, je nachdem ob es sich um eine Briefhypothek (Briefgrundschuld) oder um eine Buchhypothek (Buchgrundschuld) handelt, durch Übergabe des Briefs an den Gläubiger (der die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher, aber nicht die Überweisung des Anspruchs auf Herausgabe zur Einziehung gleichsteht: **RG** 63, 217) oder durch Eintragung der Pfändung.

4. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung enthalten EG Artt 91 (gesetzlicher Hypothekentitel für den Fiskus usw.), 112 (Bahneinheiten), 113 (Gemeinheitsteilung und Zusammenlegung von Grundstücken), 117 (Verschuldungsgrenze, Kündigungsbeschränkungen), 120 (Unschädlichkeitszeugnis), 167 (landschaftliche oder ritterschaftliche Kreditanstalten).

5. Von **anderen Reichsgesetzen,** welche hypothekarische Rechte betreffen, sind außer der die formellrechtlichen Vorschriften über die Hypothekeneintragung enthaltenden Grundbuchordnung (namentlich §§ 13, 19, 26, 27, 28, 37, 38, 40—44, 51, 54 Abs 2, 56ff., 97) und außer den bereits erwähnten Vorschriften der ZPO (vgl. ferner §§ 800, 897) insbesondere noch zu nennen: HypBankG v. 13. 7. 1899 (§§ 10—20); RGes. v. 4. 12. 1899 betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (ergänzt durch RGes. v. 14. 5. 1914 und VO. v. 24. 9. 1932); Ges. über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 1908; Ges. über Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 1909 (Bauhypothek: §§ 27ff.; Baugeldhypothek: §§ 33ff.).

6. Hinsichtlich der hypothekarischen Rechte des **früheren Rechtes** vgl. EG Artt 184, 188, 189, 192—195 sowie RGes. v. 17. 3. 1906, betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechtes. Vgl. dazu **RG** 47, 158; 47, 229; 50, 77; 59, 289; 60, 306; 94, 8; JW 04, 403[1]; 06, 18[17] und insbesondere für die Kautionshypothek (jetzt Höchstbetragssicherungshypothek: § 1190) **RG** 48, 48; 49, 162; 52, 40; 52, 69; 52, 111; 55, 222. Eine unter der Herrschaft des preuß. EigEGes. v. 5. 5. 1872 eingetragene Hypothek verwandelte sich im Falle des Nichtbestehens der gesicherten Forderung mit dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts des BGB am 1. Januar 1900, wenn zu dieser Zeit das Grundbuch als angelegt galt, nach Maßgabe der §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 BGB, Art 192 EGBGB und Art 33 § 1 PrAGBGB in eine Grundschuld für denjenigen, der in diesem Zeitpunkt Eigentümer des belasteten Grundstücks war (**RG** 48, 48; 50, 80; 51, 399; Gruch 47, 112; 59, 900). Eine Ausnahme bildete die Kautionshypothek, deren Bestand durch die Entstehung der Forderung bedingt war (**RG** 49, 164; 52, 61). Die Erfordernisse der Begründung einer Hypothek vor Anlegung des Grundbuchs (Art 189 EG) nach bayerischem Recht (Bestehen einer rechtsgültigen Forderung erforderlich) sind erörtert in **RG** Warn 1916 Nr 20.

7. Aufwertung der Hypotheken. Über den Begriff der Aufwertung und ihre Entwicklungsgeschichte im allgemeinen: § 242 A 5 b. Durch das dort angeführte Urteil v. 28. 11. 1923 (**RG** 107, 78) wurde vom Reichsgericht, das sich früher, von dem Grundsatz Mark gleich Mark beherrscht, trotz der durch die Nachwirkungen des Weltkriegs eingetretenen und fortschreitenden Geldentwertung ablehnend gegen die Aufwertung verhalten hatte, die rechtliche Möglichkeit der Aufwertung von hypothekarisch gesicherten Forderungen, in erster Linie auf Grund des § 242, grundsätzlich anerkannt. Dabei sollten im einzelnen Falle die Interessen beider Teile berücksichtigt und namentlich die Leistungsfähigkeit des Schuldners, die etwa inzwischen eingetretene Steigerung des Wertes des belasteten Grundstücks, die Art dieses Grundstücks (landwirtschaftliches, städtisches), die ihm auferlegten Lasten in Betracht genommen werden. Nachdem diese grundsätzliche Stellungnahme vom Reichsgericht auch in späteren Urteilen festgehalten worden war, griff der Gesetzgeber ein und regelte die Aufwertung der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden durch Art I der **3. StNotVO** v. 14. 2. 1924 (RGBl I, 74). Danach (§ 1 Abs 1 Satz 1) wurden Ansprüche aus Rechtsverhältnissen, die vor dem Inkrafttreten der Verordnung begründet waren und die Zahlung einer bestimmten in Reichswährung ausgedrückten Geldsumme zum Gegenstande hatten, nach Maßgabe der §§ 2—11 aufgewertet, soweit es sich um Vermögensanlagen handelte, die durch den Währungsverfall entwertet waren. Als Vermögensanlagen in diesem Sinne galten (§ 1 Abs 2 Nr 1—10) u. a. auch Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden sowie durch Hypothek, Schiffspfandrecht oder Bahnpfandrecht gesicherte Forderungen. Sie wurden (§ 2 Abs 1 Satz 1)

auf 15% des Goldmarkbetrags (§ 2 Abs 2) aufgewertet. Das galt aber für die durch Hypothek, Schiffspfandrecht oder Bahnpfandrecht gesicherten persönlichen Forderungen nur (§ 3), soweit nicht nach allgemeinen Vorschriften eine höhere oder geringere Aufwertung stattfand (nach der DurchfVO v. 1. 5. 1924 war auch hier eine Abweichung von dem normalen Höchstsatz von 15% nur in bestimmten Fällen — § 7 — zulässig). Der Aufwertungsbetrag hatte den dinglichen Rang des aufgewerteten Rechts (§ 2 Abs 3 Satz 1). Hatte der Gläubiger, ohne sich seine Rechte vorzubehalten, die Löschung der Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) bewilligt oder die Zahlung angenommen, so fand nach § 11 eine Aufwertung nicht statt. Hieraus war zu folgern (JFG 1, 478; OLG 43 S. 174, 175), daß ein Gläubiger, der zwar die Löschung der Hypothek bewilligt, aber sich seine Rechte (wegen Aufwertung) vorbehalten hatte, die Wiedereintragung der Hypothek im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 22 GBO) verlangen konnte, wenn das Grundbuchamt trotzdem (zu Unrecht) die Löschung vorgenommen hatte. Die Wiedereintragung war aber ausgeschlossen, wenn ein inzwischen erfolgter Rechtserwerb im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs gemäß § 892 (dort A 10 a. E.) entgegenstand. — Demnächst wurde durch das RGes über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen **(AufwG)** v. 16. 7. 1925 (RGBl I 117) der Art 1 der 3. StNotVO aufgehoben und die Aufwertung der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden sowie der durch Hypothek, Schiffspfandrecht oder Bahnpfandrecht gesicherten Forderungen mit Wirkung v. 15. 7. 1925 ab anderweitig in den §§ 1—32 geregelt. Danach (§ 1) werden Ansprüche, die auf einem vor dem 14. 2. 1924 begründeten Rechtsverhältnisse beruhen und die Zahlung einer bestimmten in Mark oder einer anderen nicht mehr geltenden inländischen Währung ausgedrückten Geldsumme zum Gegenstande haben, nach Maßgabe dieses Gesetzes aufgewertet, wenn sie durch den Währungsverfall betroffen sind. Die Hypothek (das dingliche Recht) wird auf 25% des Goldmarkbetrags (der in den §§ 2, 3 bestimmt ist) aufgewertet, jedoch nicht höher als die durch sie gesicherte Forderung (§ 4). Der Eigentümer kann nach Maßgabe des sog. Härteparagraphen 8 Herabsetzung der Aufwertung um höchstens 10% des Goldmarkbetrages verlangen. Die durch die Hypothek gesicherte persönliche Forderung wird nach § 9 in der Regel ebenfalls gemäß diesen Vorschriften aufgewertet, so daß auch für sie 25% des Goldmarkbetrages als normaler Höchstsatz der Aufwertung gelten. Nach § 10 Abs 1 ist aber in den dort unter Nr 1—6 aufgeführten Fällen eine höhere oder geringere Aufwertung der persönlichen Forderung nach allgemeinen Vorschriften unter Abweichung von dem normalen Höchstsatz unbeschadet der Herabsetzung nach § 8 zulässig. Als solche allgemeinen Vorschriften kommen insbesondere § 242 BGB in Verbindung mit §§ 63—65 AufwG in Betracht. Zu den Ausnahmefällen des § 10 Abs 1 gehören namentlich: Forderungen, die auf einem Gutsüberlassungsvertrag oder auf den Bezeichnungen aus der Auseinandersetzung unter Miterben beruhen (Nr 2); Kaufgeldforderungen (für den Erwerb des mit der Hypothek belasteten Grundstücks), die nach dem 31. 12. 1908 begründet worden sind (Nr 5). Für diese Kaufgeldforderungen sowie für Forderungen aus Gutsüberlassungsverträgen sind aber im § 10 Abs 3 Höchstprozentsätze des Goldmarkbetrages bei der Aufwertung nach allgemeinen Vorschriften bestimmt, und zwar 75% oder 100%, je nachdem die Forderung vor dem 1. 1. 1912 oder vor dem 1. 1. 1922 begründet ist (nicht auch für die nach dem letzteren Zeitpunkt begründeten). Die Herabsetzung des Aufwertungsbetrags gemäß § 8 sowie eine Abweichung von dem normalen Höchstsatz (§§ 4, 9) bei der Aufwertung hypothekarisch gesicherter Forderungen ist nur zulässig, wenn sie vor dem 1. 4. 1926 bei der Aufwertungsstelle beantragt ist (§ 8 Abs 1 Satz 2, § 12). Nach § 14 findet trotz der Bewirkung der Leistung die Aufwertung statt, wenn der Gläubiger sich bei der Annahme der Leistung seine Rechte vorbehalten hat (Aufwertung kraft Vorbehalts). Hat der Gläubiger die Leistung erst in der Zeit vom 15. 6. 1922 bis zum 14. 2. 1924 (Inkrafttreten der 3. StNotVO) angenommen, so findet nach § 15 eine Aufwertung der Hypothek und der (hypothekarisch gesicherten) persönlichen Forderung auch dann statt, wenn der Gläubiger sich bei der Annahme der Leistung seine Rechte nicht vorbehalten hat (Aufwertung kraft Rückwirkung), soweit nicht eine der im § 15 Satz 2 Nr 1—3 bestimmten Härteklauseln Platz greift. Die Aufwertung kraft Vorbehalts der Rechte oder kraft Rückwirkung setzt aber voraus, daß der Gläubiger den Anspruch auf Aufwertung bis zum 1. 1. 1926 bei der Aufwertungsstelle anmeldet (§ 16 Abs 1 Satz 1). Ist die Hypothek gelöscht, so findet ihre Wiedereintragung nach Maßgabe des § 16 Abs 2 statt. Die wiedereingetragene Hypothek hat nach §§ 20, 6 in Höhe der Aufwertung den bisherigen Rang, soweit nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs entgegenstehen. Diese Vorschriften sind nach § 20 Abs 2 auch dann entsprechend anzuwenden, wenn in dem im § 892 Abs 2 BGB bestimmten Zeitpunkt eine dem § 29 GBO entsprechende Löschungsbewilligung oder löschungsfähige Quittung bereits erteilt war oder gleichzeitig erteilt wurde (§ 892 A 10 a. E., A 13 a. E.). Der Eigentümer selbst, sein Ehegatte und bestimmte nahe Verwandte können sich aber auf die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, wenn sie erst nach dem 1. 1. 1925 ein Recht an dem Grundstück erworben haben, es sei denn, daß sie beweisen, daß ihnen zur Zeit ihres Erwerbs eine Absicht des anderen Teils (des Veräußerers), das Recht des Aufwertungsgläubigers zu beeinträchtigen, nicht bekannt war (§ 22 Abs 1). Die Berufung auf jene Vorschriften steht der Eintragung des Aufwertungsbetrags an der bisherigen Rangstelle überhaupt nicht entgegen, wenn der zwischenzeitliche Erwerb erst nach dem 1. 7. 1925 stattgefunden hat (§ 22

Abs 2). Weiter gibt § 22 Abs 3 dem Gläubiger bis zum 31. 12. 1925 ein besonderes Anfechtungsrecht gegenüber Verfügungen, die der Eigentümer nach der Löschung seit dem 1. 1. 1925 über das belastete Grundstück getroffen hat. Die dem Eigentümer im § 7 gewährte Befugnis, im Range nach dem an erster Stelle eingetragenen aufgewerteten Rechte und vor den diesem nachgehenden Rechten eine Hypothek oder Grundschuld in Höhe von 25% des Goldmarkbetrags des aufgewerteten Rechts mit dem üblichen Zinsfuß eintragen zu lassen (Rangvorbehalt) ist erörtert in § 881 A 3 Abs 2, A 8 a. E. Die Zahlung des Aufwertungsbetrags kann der Gläubiger vor dem 1. 1. 1932 in der Regel nicht verlangen, während der Eigentümer und der Schuldner berechtigt sind, den Aufwertungsbetrag nebst den fälligen Zinsen drei Monate nach Kündigung schon vor dem 1. 1. 1932 zu zahlen (§ 25). Ausnahmen sind zugunsten des Eigentümers und des Schuldners im § 26 (spätestens bis zum 1. 1. 1938), zugunsten des Gläubigers im § 27 bestimmt. Über die Verzinsung trifft § 28 Bestimmung (Aufwertungsbetrag bis zum 1. 1. 1925 unverzinslich, von da ab 1,2%, vom 1. 7. 1925 ab $2^1/_2$%, vom 1. 1. 1926 ab 3%, vom 1. 1. 1928 ab 5%; im Falle der Wiedereintragung der Hypothek kraft Rückwirkung beginnt die Verzinsung erst mit dem Beginn des auf die Wiedereintragung folgenden Kalendervierteljahrs). Hat der Gläubiger die Hypothek abgetreten und die Gegenleistung nach dem 14. 6. 1922 oder unter Vorbehalt der Rechte angenommen, so wird nach § 17 die Hypothek und die persönliche Forderung auf der Grundlage des für ihn maßgebenden Goldmarkbetrags (§§ 2, 3), unbeschadet der Aufwertung zugunsten des Erwerbers, auch zu seinen Gunsten aufgewertet (§ 892 A 10 a. E.). — Durch das RGes über die Verzinsung aufgewerteter Hypotheken und ihre Umwandlung in Grundschulden (**AufwNov**) v. 9. 7. 1927 (RGBl I 171) sind einige Vorschriften des AufwG zur Milderung von Härten und zur Vereinfachung der Abwicklung der Aufwertung geändert worden. Daraus ist folgendes hervorzuheben: Im Falle der Aufwertung einer gelöschten Hypothek ist der Aufwertungsbetrag ohne Rücksicht darauf, ob und wann die Hypothek wieder eingetragen wird, spätestens für die Zeit vom 1. 4. 1926 ab zu verzinsen (§ 1). Der Eigentümer oder der Schuldner ist aber berechtigt, solche Zinsen je zur Hälfte an den beiden nächsten auf das Inkrafttreten des Gesetzes folgenden Zinsterminen mit den an diesen Terminen fälligen Zinsen zu entrichten (§ 2 Abs 1). Nach § 4 ist auf den bei dem Grundbuchamt zu stellenden Antrag des Gläubigers die Hypothek bei der Eintragung des Aufwertungsbetrags in eine Grundschuld umzuwandeln; mit der Eintragung der Grundschuld erlischt in Höhe des eingetragenen Aufwertungsbetrages die persönliche Forderung. Der praktisch besonders wichtige § 14 mildert die Härten, die sich aus § 20 AufwG für den Gläubiger der gelöschten Aufwertungshypothek ergeben hatten, wenn seine Hypothek von dem Erwerber des Grundstücks selbst oder für dessen Rechnung abgelöst worden war. § 15 trifft Bestimmungen über die Erhöhung des Höchstsatzes der Aufwertung von Kaufgeldforderungen und Forderungen aus Gutsüberlassungsverträgen, die im Jahre 1921 begründet sind. § 16 läßt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der im § 16 AufwG bestimmten Frist zur Aufwertungsanmeldung zu, wenn die Anmeldung bis zum 1. 10. 1927 nachgeholt wurde. — Die Aufwertungsgesetzgebung hat ihren Abschluß gefunden durch die beiden RGes. v. 18. 7. 1930. Das Gesetz über die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypotheken (RGBl I 300) — **AufwFG** — regelt insbesondere neu die Verzinsung (§ 1), Kündigung (§§ 2 bis 5) und Bewilligung von Zahlungsfristen (§§ 6 bis 15; jetzt ergänzt durch die NotVO v. 10. 11. 1931 — RGBl I 667 — nebst DurchfVO v. 21. 3. 1932 — RGBl I 155 — und durch das Gesetz v. 12. 6. 1933 — RGBl I 359 —) bei Aufwertungshypotheken und verwandten Rechten (§§ 29, 30). Es bringt ferner Vorschriften über das Verfahren vor der Aufwertungsstelle, namentlich über die Rechtskraft, Vollstreckbarkeit und Anfechtung ihrer Entscheidungen (§§ 16 bis 26), schützt die kraft Gesetzes eingetretenen, nicht in das Grundbuch eingetragenen Änderungen der Zins- und Zahlungsbedingungen gegen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 27) und beseitigt vom 1. 1. 1932 ab den durch Artt 21, 22 DurchfVO AufwG v. 29. 11. 1925 zugelassenen Abzug eines Zwischenzinses bei vorzeitiger Rückzahlung (§ 28). Das Gesetz über die Bereinigung der Grundbücher — **GrBerG** — (RGBl I 305) setzt Ausschlußfristen für die Eintragung der Aufwertung in das Grundbuch (§§ 1 bis 7), läßt die nicht fristgemäß auf neue Währung berichtigten Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe kraftlos werden (§§ 8 bis 12), räumt mit dem Eigentümervorbehalt des § 7 AufwG auf (§§ 13 bis 16), beseitigt die durch eine zwiespältige Rechtsprechung der höchsten Gerichte geförderte Unklarheit über die Rangverhältnisse der mit dem Eigentümervorbehalt zusammenhängenden Rechte (§§ 17, 18), stellt den im § 22 Abs 2 AufwG teilweise durchbrochenen öffentlichen Glauben des Grundbuchs mit dem Ablauf des 31. 12. 1931 wieder her (§ 19) und bringt schließlich (§§ 20 bis 32) praktisch wichtige Vorschriften zur Entlastung der Grundbücher, Umschreibung unübersichtlicher Grundbuchblätter und Erleichterung des Grundbuchverkehrs.

8. Erhebliche, voraussichtlich aber nur vorübergehende Eingriffe in das Hypothekenrecht des BGB hat die **Krisengesetzgebung seit 1931** mit sich gebracht. Auf die oft verwickelten Einzelheiten dieser Gesetzgebung kann hier nicht näher eingegangen werden. Wer gegenwärtig insbesondere mit Fragen der Verzinsung und der Fälligkeit von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden zu tun hat, muß das Sonderschrifttum zum Notrecht heranziehen. Wie in Vorbem 7 zur Aufwertungsgesetzgebung soll hier zum Krisenrecht nur das Wesentlichste in großen Zügen angedeutet werden:

Die 4. Notverordnung v. 8. 12. 1931 (RGBl I 699) hat in Teil 1 Kapitel III Abschnitt 1 (dazu die DurchfVOen v. 23. 12. 1931 — RGBl I 793 — und v. 26. 3. 1932 — RGBl I 171 —) die **Zins- und Zahlungsbestimmungen** für viele Hypotheken und Grundschulden zwangsweise geändert. Soweit die Zinsen herabgesetzt sind, ist das dingliche Recht für sie erloschen. Die kraft Gesetzes eingetretenen Änderungen bedürfen zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung. Doch kann die Zinssenkung auf formlosen Antrag des Grundstückseigentümers eingetragen werden (JW 1932, 1153[1]). Vereinbaren die Beteiligten die Wiederherstellung der alten Zins- und Zahlungsbedingungen, so ist zur Herbeiführung der Grundstückshaftung Einigung und Eintragung nach den §§ 873, 877 unter Beachtung des § 1119 Abs 1 erforderlich. Eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer auf die Rechtswohltaten aus einer künftig etwa gesetzlich verordneten Zinsherabsetzung im voraus verzichtet, ist nicht eintragungsfähig (HRR 1933 Nr 729). Weitere Einzelfragen der Zinssenkung sind behandelt in JW 1932 S. 1973[1], 1974[2], 3630[1]; 1933 S. 178[4], 339[2], 624[10]; HRR 1932 Nr 1827; 1933 Nr 150, 579. Besonders geregelt sind die Zinsen und Rückzahlungen beim landwirtschaftlichen Realkredit durch die VO v. 27. 9. 1932 (RGBl I 480) mit DurchfVOen v. 24. 11. und 16. 12. 1932 (RGBl I 534, 562); vgl. hierzu HRR 1933 Nr 1031. Im übrigen wird die Fälligkeit von Hypotheken und Grundschulden bis auf weiteres bestimmt durch die VO v. 11. 11. 1932 (RGBl I 525), die ergänzt wird durch die VOen v. 16. 12. 1932 (RGBl I 551) und 27. 3. 1933 (RGBl I 149). Übersichten über den Inhalt dieser Hypothekenmoratorien finden sich z. B. in JW 1932 S. 3548, 3742, 3796, 3803; 1933 S. 591, 674. Aus der Rechtsprechung seien erwähnt: **RG** 140, 41; JW 1933, 636[3]; 1420[1]; HRR 1933 Nr 1032.

Noch schwerer hat die **Entschuldungsgesetzgebung** eingegriffen. Sie macht sogar vor dem Hypothekenkapital nicht Halt, sondern ermöglicht dessen zwangsläufige Herabsetzung. Sie begann mit Hilfsmaßnahmen für das Osthilfegebiet. Hier erging zunächst das Osthilfegesetz v. 31. 3. 1931 (RGBl I 117) in der Fassung der VO v. 6. 11. 1931 (RGBl I 665) nebst zahlreichen DurchfVOen und Richtlinien. Dann folgte die Sicherungsverordnung v. 17. 11. 1931 (RGBl I 675), schließlich die beiden Entschuldungsverordnungen v. 6. 2. 1932 (RGBl I 59) und 21. 10. 1932 (RGBl I 509). Auch zu diesen Verordnungen ergingen viele Durchführungsbestimmungen. Diesen nur für die bedrohte Landwirtschaft des Osthilfegebiets erlassenen Vorschriften hat sich nunmehr das für das ganze Reichsgebiet geltende Entschuldungsgesetz v. 1. 6. 1933 (RGBl I 331) angeschlossen, zu dem bisher 5 DurchfVOen ergangen sind. Dieses Gesetz gilt für alle landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gärtnerischen Betriebe, die sich nicht selbst zu entschulden vermögen. Das Entschuldungsverfahren soll die erststelligen Hypotheken auf die Grenze der Mündelsicherheit zurückführen, kurzfristige, hochverzinsliche Kredite in niedrige Amortisationsdarlehen mit Festschreibung auf längere Dauer umwandeln und planlose Neuverschuldungen verhüten. Die Eröffnung des Verfahrens macht Belastungen der zum Entschuldungsbetrieb gehörigen Grundstücke im Wege des Rechtsgeschäfts oder der Zwangsvollstreckung unzulässig und ist im Grundbuch zu vermerken. Die nach Maßgabe des Gesetzes entschuldeten Betriebe heißen „Entschuldungsbetriebe". Auf den zu ihnen gehörigen Grundstücken ist im Grundbuch der Vermerk einzutragen: „Das Grundstück unterliegt der Entschuldung". Solche Grundstücke sind nur beschränkt neu belastungsfähig. Die Entstehung von Eigentümergrundschulden an ihnen ist bei Hypotheken außerhalb der Mündelsicherheitsgrenze ausgeschlossen. Der Grundstückswert jenseits dieser Grenze gilt als mit einer gesetzlichen Sicherungshypothek zugunsten der Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt belastet, soweit er nicht durch Hypotheken aus dem Entschuldungsverfahren ausgefüllt wird.

Besonders begünstigt wurde die **Ablösungshypothek für die Hauszinssteuer.** Sie beruht auf der oben erwähnten 4. Notverordnung v. 8. 12. 1931 Teil 2 Kapitel I (RGBl I 706) in der Fassung der VOen v. 6. 2., 19. 3. und 30. 9. 1932 (RGBl I 60, 140, 489). Danach darf der Grundstückseigentümer die Gebäudeentschuldungssteuer durch eine Kapitalzahlung (in Höhe des dreifachen Jahresbetrags) ablösen. Nimmt er zur Beschaffung des erforderlichen Kapitals eine Hypothek auf, so hat diese den Vorrang vor allen anderen dinglichen Rechten. Ihre Eintragung wird behandelt in JW 1933, 1418 Nr 1, 2; HRR 1933 Nr 951, 1030, 1133.

Schließlich ist die **Devisengesetzgebung** in diesem Zusammenhang nicht zu übersehen, wenn sie auch das Hypothekenrecht nur nebenher berührt. Insbesondere kommt hier § 13 der VO über die Devisenbewirtschaftung in der jetzt geltenden Fassung v. 23. 5. 1932 (RGBl I 231) und 16. 2. 1934 (RGBl I 92, 200) in Betracht. Zu dieser Verordnung treten zahlreiche DurchfVOen sowie oft geänderte Richtlinien. Durch § 8 der 4. DurchfVO v. 9. 5. 1933 (RGBl I 278) ist ausdrücklich bestimmt, daß die Bestellung von Hypotheken und Grundschulden für ausländische oder saarländische Gläubiger einer Krediteinräumung nach § 13 Abs 1 der Devisenverordnung gleichsteht. Im übrigen behandeln den Einfluß des Devisenrechts auf das Hypothekenwesen z. B. die Entscheidungen in **RG** 140, 40; JW 1932 S. 3186[1], 3188[2], 3821[2]; HRR 1932 Nr 1776, 1823. Wegen der Löschung einer Ausländerhypothek ist auf § 875 A 6 zu verweisen.

Erster Titel
Hypothek

§ 1113

Ein Grundstück ¹) kann in der Weise belastet werden ²), daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt ³), eine bestimmte Geldsumme ⁴) zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung ⁵) aus dem Grundstücke zu zahlen ist ⁶) (Hypothek).

Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden ⁷).

E I 1062 II 1022; M 3 595, 633; P 3 538, 543.

1. Nur **Grundstücke** (§ 873 A 3) und die ihnen gleichgestellten Berechtigungen (§ 903 A 2) sowie Grundstücksbruchteile, wenn sie in dem Anteil eines Miteigentümers bestehen (§ 1114), können mit hypothekarischen Rechten (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld: §§ 1113, 1191, 1192, 1199) belastet werden, während Gegenstand von Pfandrechten nur bewegliche Sachen und Rechte sein können (§§ 1204 ff., 1273 ff.). Wenn ein Grundstück hypothekarisch belastet ist, erstreckt sich die Haftung für das hypothekarische Recht aber nicht nur auf die Bestandteile des Grundstücks (§§ 93, 94, 96), sondern in gewissen Grenzen auch auf bewegliche Sachen und Rechte, die in den Rechtskreis des Grundstücks fallen (§§ 1120 bis 1130). Auch Gebäude sind nur zusammen mit dem Grundstück, nicht für sich allein hypothekarisch belastbar (vgl. jedoch hinsichtlich des Stockwerkseigentums Artt 182, 189 EG). Sofern sie nach Maßgabe des § 95 mit dem Grundstück verbunden sind, gelten sie auch nur als bewegliche Sachen (§ 95 A 1). Werden mehrere selbständige Grundstücke, die einem oder verschiedenen Eigentümern gehören, für dieselbe Forderung hypothekarisch belastet, so entsteht eine Gesamthypothek (Gesamtgrundschuld: § 1192). Für diese gelten die Sonderbestimmungen der §§ 1132, 1172—1175, 1181 Abs 2, 1182. Über die Wirkung der Zusammenschreibung (Zuschreibung oder Vereinigung) mehrerer hypothekarisch belasteter Grundstücke vgl. §§ 890, 1131. An Grundstücken, die für den öffentlichen Verkehr und Gebrauch bestimmt sind (z. B. öffentliche Wege), ist insoweit, als sie nach Landesrecht (Art 65 EG; § 90 A 1) im Privateigentum stehen können (**RG** 31, 217; JW 91, 140[37]; 91, 214[53]; 94, 185[21]; 97, 49[1]; 00, 569[13]; 01, 717[1]; 02, 218[21]; 08, 153[27]; Gruch 37, 1015; 39, 883; 43, 1199), auch die Bestellung einer Hypothek zulässig. Das hypothekarische Recht darf aber nur im Rahmen der Bestimmung solcher Grundstücke ausgeübt werden (OLG 2, 492). Unzulässig ist nach BGB die Bestellung von Besitz- und Nutzungspfandrechten an Grundstücken (§ 873 A 6). Einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung hinsichtlich der sog. Revenüenhypothek bei Familienfideikommissen usw. enthält Art 60 EG.

2. Die Erfordernisse der im § 1113 gemeinten (§ 873 A 5) rechtsgeschäftlichen **Belastung** eines Grundstücks mit einer Hypothek sind bereits in Vorbem 2a erörtert. Über die Art und Weise der Eintragung der Hypothek in das Grundbuch gibt § 1115 nähere Bestimmungen. Die Hypothek kann auch als bedingtes dingliches Recht sowie unter Setzung eines Anfangs- oder Endtermins bestellt werden. Zulässig ist daher z. B. die Bestellung einer Hypothek: für die Forderung der Kosten eines von dem Gläubiger auf dem Grundstück des Eigentümers aufzuführenden Baues unter der Bedingung für die Hypothek, daß der Bau völlig schlüsselfertig hergestellt werde (**RG** 93, 116); für fremde Schuld auf eine bestimmte Zeit (§ 873 A 7; **RG** 68, 143; 70, 248; KGJ 33 A 238; 46, 237). Bei einer aufschiebenden Bedingung (Anfangstermin) entsteht die Hypothek erst mit dem Eintritt der Bedingung (des Termins), während bei einer auflösenden Bedingung (Endtermin) die Hypothek mit dem Eintritt der Bedingung (des Termins) erlischt (§§ 158, 163; **RG** 68, 143; JW 02 Beil 222[78]). Wird eine Hypothek unter der auflösenden Bedingung des Erlöschens der gesicherten Forderung bestellt, so hat dies die rechtliche Folge, daß beim Eintritt der Bedingung (Erlöschen der Forderung) der Eigentümer nicht gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 eine Eigentümergrundschuld erlangt (KGJ 46, 237; über die Wirkung der einer Hypothek für das Zinsrecht gesetzten auflösenden Bedingung des Erlöschens der Hauptforderung § 1178 A 3). Zulässig ist auch die Bestellung einer bedingten Sicherungshypothek (§ 1184) oder Höchstbetragshypothek (§ 1190) für den Fall, daß eine auf einem anderen Grundstück eingetragene Hypothek einen Ausfall erleidet (§ 1132 A 2). Denn dabei handelt es sich nicht um die unzulässige Bestellung einer Gesamthypothek für dieselbe Forderung in Gestalt einer gewöhnlichen Hypothek und einer Sicherungshypothek (§ 1132 A 3). Zwar sichern in diesem Falle die Verkehrshypothek auf dem anderen Grundstück und die aufschiebend bedingte Ausfall-Sicherungshypothek dieselbe Forderung, aber nicht gemeinsam und gleichzeitig. Vielmehr tritt die Sicherung durch die bedingte Hypothek erst dann ein, wenn die Sicherung durch die Verkehrshypothek an dem anderen Grundstück endgültig erloschen ist, wenn und soweit also bei der Zwangsversteigerung des anderen

Grundstücks der Ausfall der nicht in das geringste Gebot gefallenen Verkehrshypothek durch den rechtskräftigen Zuschlag gemäß §§ 52, 91 ZVG festgestellt wird (RG 70, 248; 122, 330; a. M. RJA 9, 137). Die Bedingung enthält eine Verfügungsbeschränkung (§ 892 A 11). Sie bedarf daher zur Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Erwerbern gemäß §§ 161 Abs 3, 892 Abs 1 Satz 2 der Eintragung in das Grundbuch. Verschieden von der Bestellung einer bedingten Hypothek ist die Bestellung einer Hypothek für eine bedingte Forderung (§ 1113 Abs 2; A 7). Wird nach der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks eine Ersatzsicherungshypothek für eine Forderung gegen den Ersteher gemäß §§ 50, 125, 128 ZVG für den Fall eingetragen, daß eine andere, in das geringste Gebot gefallene Hypothek nicht besteht, so ist die Ersatzhypothek sowohl Hypothek für eine bedingte Forderung als auch bedingte Hypothek, da die Forderung gegen den Ersteher nur bedingt besteht und auch das Sicherungsmittel dafür, eben die Ersatzhypothek, durch das Nichtbestehen der andern Hypothek bedingt ist (KGJ 52, 207; OLG 39, 212; § 892 A 9). Die Bestellung einer Hypothek mit auflösender Befristung für den einen und aufschiebender Befristung für den anderen Gläubiger behandelt A 3. Wegen des Ranges, der einer Hypothek zu verschaffen ist, wenn ein Darlehn gegen Hypothekbestellung versprochen ist, vgl. RG 55, 128, über die Bedeutung einer Hypothekbewilligung „an bereitester Stelle" KGJ 26 A 290.

3. Derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, muß eine bestimmte Person sein, da mit ihm die Einigung über die Hypothekbestellung zu treffen ist. Näheres über die bestimmte Bezeichnung des Gläubigers und das Erfordernis des Besitzes der Rechtspersönlichkeit bringt § 1115 A 3. Da eine Hypothek nur zugunsten des Gläubigers der zu sichernden Forderung bestellt werden kann, muß der dinglich berechtigte Hypothekengläubiger dieselbe Person wie der Gläubiger der Forderung sein. Eine Hypothekeintragung, bei der keine Personeneinheit von Hypothekengläubiger und Gläubiger der Forderung bestünde, würde des gesetzlich erlaubten Inhalts entbehren (JW 1926, 2547[4]). Ferner muß der Hypotheken- und Forderungsgläubiger wirklicher Inhaber der zu sichernden Forderung und vom Eigentümer verschieden sein. Daher kann eine Hypothek nicht für einen Vertreter nicht bezeichneter Gläubiger bestellt werden (OLG 18, 186), es sei denn, daß die Hypothekenforderung ihm als Treuhänder zur eigenen Geltendmachung (fiduziarisch) zustehen, daß er also nach außen die Rechtsstellung eines Gläubigers haben soll (HRR 1930 Nr 219; JFG 7, 302). Ferner kann der Eigentümer nicht von vornherein eine Hypothek für sich selbst bestellen (RJA 3, 213). Sondervorschriften enthalten die §§ 1188, 1195, 1196 (Hypothek für Schuldverschreibung auf den Inhaber, Inhabergrundschuld, Grundschuld für den Eigentümer). Als subjektiv-dingliches Recht (für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks) kann ein hypothekarisches Recht nicht bestellt werden (§ 1115 A 3). Mehrere Personen können Gläubiger einer einheitlichen Hypothek sein, wenn sie in einem Gemeinschaftsverhältnis (Gemeinschaft nach Bruchteilen, Gemeinschaft zur gesamten Hand, Gesamtgläubiger im Sinne des § 428) zueinander stehen (§ 48 GBO; RG 75, 247; RG Warn 1930 Nr 35; RJA 4, 128; 6, 151; KGJ 46, 226; HRR 1932 Nr 1150; § 1115 A 3). Andernfalls ist die Forderung in selbständige Teile geteilt und kann nur für jeden Teil eine besondere Hypothek bestellt werden (§ 1115 A 3). Die Bestellung einer ungeteilten Hypothek für verschiedene Forderungen, die je einem anderen Gläubiger zustehen, ist unstatthaft (RG 75, 247). Unzulässig ist auch die Bestellung einer Hypothek für eine Forderung, die mehreren zeitlich aufeinander folgenden Gläubigern (Sukzessivberechtigung) zustehen soll, da keine Gewißheit über die Art der Vollziehung des Rechtsübergangs auf den nachfolgenden Gläubiger besteht (KGJ 38 A 271; 49, 210). Zulässig ist dagegen die Bestellung einer Hypothek für den einen Gläubiger mit auflösender Befristung (Endtermin; z. B. bis zu seinem Tode) und für einen anderen mit aufschiebender Befristung (Anfangstermin; z. B. vom Tode des ersten Gläubigers ab). Denn hierbei mangelt es nicht an der Bestimmtheit des Gläubigers, und die Hypothek bleibt bei dem Gläubigerwechsel unverändert (RG 76, 90; 11. 2. 1911 V 98/10; KGJ 49, 210; vgl. jedoch KGJ 38 A 271). Unzulässig ist aber die Hypothek für eine Forderung, die entweder dem einen oder dem anderen von mehreren Berechtigten in einem gewissen Falle zustehen wird (z. B. für die Rückgriffsforderung des einen oder des anderen von mehreren Wechselindossanten oder mehreren Mitbürgen, der auf Verlangen des Gläubigers diesen wird befriedigen müssen). Denn hier ist zur Zeit ungewiß, wer der wirkliche Gläubiger der Hypothek ist (OLG 45, 239). Der zulässige Weg ist in solchen Fällen die Bestellung je einer Hypothek für jede bedingte Forderung nach Abs 2 (str.; OLG 7, 196; 45, 239; RJA 4, 128). Auch eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) kann nicht in der Weise bestellt werden, daß die Hypothek, soweit die künftig zur Entstehung gelangende Forderung des ersten Gläubigers den Höchstbetrag nicht anfüllen sollte, einem zweiten Gläubiger für dessen Forderung haften soll. Denn auch hier ist der wirkliche Gläubiger des in der Schwebe gelassenen Hypothekenteils zur Zeit ungewiß; in Wahrheit kann es sich nur um die nicht eintragungsfähige (RG 61, 374; 72, 276; 75, 250) Übertragung des dem Eigentümer als vorläufige, durch die Entstehung der Forderung des ersten Gläubigers auflösend bedingte Grundschuld zustehenden Teiles der Hypothek zugleich mit bedingter Einsetzung einer neuen Forderung (§ 1180) handeln (str.; RG 75, 245; a. M. RJA 2, 187; 4, 129). Überdies erfordert § 1190 Abs 1 Satz 2 die Eintragung des Höchstbetrags in das Grundbuch. Diese Eintragung würde für den zweiten (Alternativ-) Gläubiger fehlen. Daß die Höhe des ihm

zustehenden Betrags aus dem bei der Schlußfeststellung sich ergebenden Bestand der Forderung des ersten Gläubigers errechnet werden kann, ersetzt die erforderliche Eintragung des ziffernmäßigen Höchstbetrags für ihn nicht. Der Zweck der Bestellung einer Höchstbetragshypothek für zwei (Alternativ-) Gläubiger kann im wesentlichen dadurch erreicht werden, daß eine zweite Höchstbetragshypothek und für sie eine Löschungsvormerkung im Sinne des § 1179 bei der ersten Höchstbetragshypothek eingetragen wird. — Wird ein Teil der Hypothek abgetreten oder ein Teil der Hypothekenforderung gemäß § 1180 Abs 2 durch die Forderung eines anderen Gläubigers ersetzt, so hört die bis dahin einheitliche Hypothek als solche zu bestehen auf. An ihre Stelle treten mehrere selbständige Hypotheken in Höhe der einzelnen Forderungsbeträge (**RG** 75, 249). Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als Ganzes an eine Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft und unter Ausschluß der Liquidation gemäß §§ 305, 306, 320 Abs 3 HGB übertragen, so geht auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auch eine für die übernommene Gesellschaft als Gläubigerin zu treuen Händen bestellte Hypothek oder Grundschuld über (JFG 7, 299).

4. Inhalt der hypothekarischen Belastung kann nur die Zahlung einer **bestimmten Geldsumme** sein (§ 1115 A 4). Eine Vereinbarung wahlweiser Leistung von Geld oder anderen Gegenständen ist unzulässig (KGJ 25 A 150; jedoch OLG 14, 93). Die Frage, ob eine Hypothek für ein Darlehn mit der Bestimmung bestellt werden kann, daß die Rückgewähr des Darlehns in Pfandbriefen eines Kreditinstituts zu bewirken ist, wird in § 1115 A 4 behandelt. Auch Nebenleistungen neben dem Kapital können nur auf bestimmte Geldbeträge gerichtet sein (KGJ 29 A 249; 35 A 275; 36 A 235). Sollen Zinsen oder andere wiederkehrende Leistungen für sich allein (ohne die Kapitalforderung) gesichert werden, so kann nur eine Sicherungshypothek zu einem bestimmten Höchstbetrag (§ 1190), nicht eine Verkehrshypothek bestellt werden (RJA 4, 38; KGJ 26 A 290). Für einen Anspruch auf Leibrente (§ 759) kann eine Verkehrshypothek nicht bestellt werden, da die in wiederkehrenden Leistungen bestehende Rente keinen bestimmten Forderungsgegenstand darstellt (**RG** Warn 1928 Nr 8); doch wäre die Bestellung einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) bei Zusammenfassung der wiederkehrenden bestimmten Leistungen in einem Höchstbetrag möglich. — Seit dem Inkrafttreten des MünzGes v. 30. 8. 1924, wodurch die frühere Papiermarkwährung durch die Reichsmarkwährung ersetzt worden ist, können Hypotheken für eine Geldsumme in Papiermark nicht mehr eingetragen werden (JFG 3, 340; JW 1925, 1765[1]; 1925, 1775[1]). Nach § 1 RGes über **wertbeständige Hypotheken** v. 23. 6. 1923 kann aber eine Hypothek in der Weise bestellt werden, daß die Höhe der aus dem Grundstück zu zahlenden Geldsumme durch den am Zahlungstage amtlich festgestellten oder festgesetzten (vgl. hierzu die DurchfVO v. 29. 6. 1923 §§ 1, 2 und v. 2. 11. 1923) Preis einer bestimmten Menge von Roggen, Weizen, Feingold oder von den in den DurchfVO v. 29. 6. 1923 §§ 3, 4 und v. 5. 10. 1923 § 1 bezeichneten Waren (Kohle, Kali) bestimmt wird. Eine Feingoldhypothek kann als Goldmarkhypothek eingetragen werden, wobei eine Goldmark dem Preise von $^1/_{2790}$ kg Feingold entspricht (DurchfVO v. 17. 4. 1924). Nach dem RGes v. 2. 2. 1928 sind die vor dem 1. 1. 1928 auf Dollarbasis eingetragenen wertbeständigen Hypotheken nicht deshalb unwirksam, weil die Voraussetzungen der DurchfVO v. 2. 11. 1923 nicht erfüllt sind. Die bei Feingoldhypotheken erforderliche Umrechnung des Londoner Goldpreises in die deutsche Währung ist neu geregelt durch die NotVO v. 10. 10. 1931 (RGBl I 569), zu der die DurchfVO v. 15. 4. 1932 (RGBl I 179) erlassen ist. Das RGes. über die Umwandlung wertbeständiger Rechte usw. (Roggenschuldengesetz) v. 16. 5. 1934 (RGBl I 391; dazu DurchfVO v. 25. 5. 1934 — RGBl I 448 —) ersetzt bei wertbeständigen Rechten auf Roggen- und Weizengrundlage je 1 Zentner Roggen durch 7,50 RM und je 1 Zentner Weizen durch 9,50 RM und läßt künftig solche Rechte nicht mehr neu begründen. Über die Eintragung wertbeständiger Hypotheken, zu denen die Reichsmarkhypothek nicht gehört (JFG 3, 443), hat die Rechtsprechung folgende Grundsätze entwickelt: Bei der Goldmarkhypothek kann die sog. Schwankungsklausel hinzugefügt werden, d. h. die Bestimmung, daß für jede geschuldete Goldmark eine Reichsmark zu entrichten sei, falls sich bei der Umrechnung der Goldmark in Reichsmark für 1 kg Feingold ein Preis von nicht mehr als 2820 und nicht weniger als 2760 RM ergebe (**RG** 135, 142). Zulässig ist ferner bei der Goldmarkhypothek die Eintragung der Klausel, daß die Reichsmark anstelle der Goldmark trete, wenn bei der Umrechnung der Goldmark in Reichsmark der Reichsmarkbetrag geringer sei (JFG 4, 398; für den umgekehrten Fall JW 1933, 620[8]; HRR 1933 Nr 197; für die nachträgliche Eintragung der Reichsmarkklausel bei der in Goldmark eingetragenen Aufwertungshypothek JW 1933, 632[4]). Zulässig ist auch die Eintragung einer Goldmarkhypothek für eine in Reichsmark bezifferte Forderung, wenn klar ersichtlich ist, daß die Schuld in Goldmark geschuldet sein soll und zurückzuzahlen ist (JFG 7, 348; JW 1932, 1565[4]). Im übrigen muß der wertbeständige Wertmesser für die Forderung und die einzutragende Hypothek derselbe sein (JFG 2, 345; HRR 1932 Nr 1228). Dieser Grundsatz gilt aber nur für die Verkehrshypothek und die gewöhnliche Sicherungshypothek (§§ 1113, 1184), nicht für die Höchstbetragshypothek (§ 1190). Daher kann für eine Reichsmarkforderung eine Höchstbetragshypothek in Goldmark, für eine Goldmarkforderung eine Höchstbetragshypothek in Reichsmark eingetragen werden (JW 1933,

1262[2]). Unzulässig ist bei der Goldmarkhypothek die Eintragung einer festen Feingoldpreisklausel (JFG 2, 353) und die Eintragung von Aufwertungsklauseln für den Fall eines Verfalls oder einer Änderung der Währung (JW 1932, 1565[3]), sei es auch in der versteckten Form der Heranziehung des § 607 (JW 1932, 1566[5]). Dasselbe gilt von Klauseln, welche die Wertbeständigkeit der Hypothek auch gegenüber künftigen gesetzlichen Vorschriften gewährleisten sollen (HRR 1933 Nr 730). Über die Eintragung von Stichtagsklauseln vgl. JFG 2 S. 347, 350, 353; über die Eintragung von Zinseszinsen und Wertermittelungsklauseln JFG 1, 461; über den Stichtag bei der wertbeständigen Höchstbetragshypothek JFG 2, 353; OLG 43, 233.

5. Auch die gesicherte **Forderung** muß auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sein, da die Zahlung der bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück zur Befriedigung der Forderung dienen soll und § 1115 die Eintragung des „Geldbetrags" der Forderung vorschreibt (str.; **RG** Gruch 58, 834; KGJ 35 A 282). Ein Anspruch, der lediglich die Berechtigung zum Inhalt hat, bei Festsetzung einer Entschädigung einen Abzug zu machen, kann nicht durch Hypothek gesichert werden, weil er nicht auf Geldzahlung gerichtet ist; es sei denn, daß er eine bedingte Forderung auf Rückzahlung in sich schließt (**RG** JW 1912, 351[16]). Die Forderung muß als zum Wesen der Hypothek gehörig im Eintragungsvermerk selbst oder in der dort in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (**RG** 67, 248) so bezeichnet werden, daß sich die Merkmale für die Unterscheidung von anderen Forderungen ergeben. Namentlich ist die Angabe des Gläubigers, des Gegenstandes (§ 241) und des Schuldgrundes erforderlich (KGJ 35 A 281; 38 A 271; 40, 259; OLG 16, 154; 44, 174; JFG 3, 426; vgl. aber wegen des Schuldgrundes § 1115 A 8). Als Schuldgrund genügt auch ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 780ff. (**RG** Gruch 58, 1036; KGJ 22 A 307; 26 A 278; RJA 3, 135; OLG 3, 359). An und für sich gehört zur Kennzeichnung der Forderung auch die Angabe des Schuldners. Der Hypothekbesteller braucht nicht zugleich Schuldner der Forderung zu sein. Auch für eine fremde Schuld kann gültig Hypothek bestellt werden (**RG** 60, 263; JW 1898, 36[91]). Wenn nichts anderes erklärt ist (über den Fall einer unklaren Erklärung OLG 21, 4), so ist es aber selbstverständlich, daß der die Hypothek bestellende Eigentümer auch der Schuldner der Forderung ist. Deshalb bedarf es nicht stets der besonderen Bezeichnung des Schuldners in der Eintragungsbewilligung oder gar im Eintragungsvermerk. Vielmehr ist diese Bezeichnung nur dann erforderlich, wenn der persönliche Schuldner vom Eigentümer verschieden ist. Sie kann dann bei der Eintragung gemäß § 1115 Abs 1 Halbs 2 auch durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfolgen (a. M. KGJ 35 A 283, demnächst jedoch aufgegeben durch KGJ 47, 198). Dies gilt auch für die Höchstbetragshypothek (§ 1190), selbst wenn sie für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen (§ 1190 A 1) bestellt worden ist (**RG** 136; 80; KGJ 47, 198; § 1190 A 2). Zur Vermeidung der Überfüllung des Grundbuchs hat die Aufnahme des persönlichen Schuldners in den Eintragungsvermerk überhaupt zu unterbleiben, wenn nicht besondere zwingende Gründe die Aufnahme zur Klarstellung erfordern (KGJ 47, 201). — Die gesicherte Forderung kann auch mit einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung (z. B. zu Wegebauten, zur Gewährung der Bauerlaubnis seitens einer Stadtgemeinde) verbunden sein (**RG** Warn 08 Nr 161; Gruch 56, 977; HRR 1932 Nr 63; vgl. jedoch OLG 16, 163). Dagegen kann eine Hypothek für eine mit Zwangsversteigerungsprivileg ausgestattete gemeine öffentliche Last nicht (auch nicht zwangsweise) eingetragen werden. Deshalb ist z. B. die Eintragung einer Hypothek zur Sicherung von Straßenpflasterkosten oder von Grundvermögensteuer nicht statthaft (JW 1932, 1062[3]; HRR 1932 Nr 1092; 1933 Nr 145). Für andere Steuerforderungen des Fiskus kann nach § 372 (früher 345) RAbgO eine Zwangshypothek (§§ 866ff. ZPO) eingetragen werden (HRR 1930 Nr 238; 1931 Nr 1354; 1932 Nr 1964). — Das Gesetz (§§ 1113, 1115) geht davon aus, daß jeder Hypothek nur eine einzelne, bestimmte (wenn auch bedingte oder künftige: § 1113 Abs 2) Forderung zugrunde liegt. Sind mehrere Hypotheken für je einen Teil einer einheitlichen Forderung an demselben Grundstück bestellt, so gelten sie als im Verhältnis zueinander selbständige Hypotheken (**RG** 75, 249; Gruch 58, 430; KGJ 27 A 151; 51, 288; 53, 215; über Einzel-Höchstbetragshypotheken für Teile des gesicherten Forderungskreises § 1132 A 2). Die Eintragung zweier selbständiger Hypotheken an einem Grundstück für dieselbe ganze Forderung ist grundbuchrechtlich abzulehnen, weil dadurch Verwirrung entstehen kann. Wenn jedoch zur Sicherung für alle Forderungen aus einer Geschäftsverbindung zunächst eine und später noch eine (niedrigere) Höchstbetragshypothek an demselben Grundstück eingetragen worden ist, so daß die zweite Hypothek dazu bestimmt ist, den die erste übersteigenden Betrag der schließlich festzustellenden Gesamtforderung zu decken, so sind beide Hypotheken rechtswirksam. Denn dann liegen keine ihrem Inhalt nach unzulässigen Eintragungen vor, obwohl grundbuchrechtlich die zweite Hypothek anders (Erhöhung der Höchstgrenze der ersten Hypothek) hätte eingetragen werden sollen (**RG** 118, 162; KGJ 49 A 222). Für mehrere Forderungen kann eine einheitliche Hypothek jedenfalls nur dann bestellt werden, wenn die Forderungen sämtlich demselben Gläubiger gegen denselben Schuldner zustehen. Ebensowenig wie für mehrere, verschiedenen Gläubigern zustehende Forderungen (A 3) kann für mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner eine ungeteilte Hypothek bestehen, weil mit Rücksicht auf die den einzelnen Schuldnern nach § 1137 gegebenenfalls zustehenden verschiedenen

Einreden unklare Verhältnisse entstehen und in der Zwangsversteigerung unüberwindliche Schwierigkeiten sich ergeben könnten. Eine Ausnahme ist allerdings zuzulassen, wenn die Schuldner in einer Verpflichtungsgemeinschaft sich befinden, z. B. Gesamtschuldner im Sinne des § 421 sind, so daß das Schicksal der Forderung gegen die mehreren Schuldner, insbesondere hinsichtlich des Erlöschens, einheitlich gestaltet ist (RG 75, 247; 118, 354; KGJ 46, 229; 47, 201; JFG 2, 439; OLG 45, 238). Leider hat das Reichsgericht neuerdings zunächst in einem auf weitere Beschwerde in einer Grundbuchsache ergangenen Beschluß (RG 126, 272), dann auch in einigen Urteilen, die auf diesen Beschluß ohne weitere Begründung verweisen (RG Warn 1930 Nr 35, 164), den Grundsatz preisgegeben, daß die Eintragung einer Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene, nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner abzulehnen ist. Zwar ist zuzugeben, daß eine solche Eintragung nicht inhaltlich unzulässig und darum, wenn sie erfolgt ist, nicht materiellrechtlich nichtig sein mag. Daraus folgt aber noch nicht, daß das Grundbuchamt Anträgen auf derartige Eintragungen stattzugeben hätte. Insoweit ist vielmehr die Begründung in RG 126, 272 nicht überzeugend. Das Reichsgericht läßt hier eine einheitliche Höchstbetragshypothek eintragen zur Sicherheit für eine Darlehnsforderung des G gegen A, B und C als Gesamtschuldner sowie für die Ansprüche des G aus beabsichtigten Warenlieferungen an A. Der ausgesprochene Zweck der Hypothekbestellung war, daß im Falle der Abtragung des Darlehns die Hypothek im entsprechenden Maße für den Warenkredit frei werde und nicht etwa eine Eigentümergrundschuld entstehe. Die Gründe des die Eintragung zulassenden reichsgerichtlichen Beschlusses weisen im wesentlichen darauf hin, daß einerseits auch bei der Hypothek für eine Forderung gegen mehrere in Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner sowie bei der Hypothek zur Sicherung mehrerer Forderungen gegen denselben Schuldner gewisse Schwierigkeiten entstehen könnten und daß andererseits, wenn Miterben nach § 2060 für eine gegen den Erblasser gerichtete hypothekarisch gesicherte Forderung nur zu Bruchteilen hafteten, von Gesetzes wegen ein Tatbestand der hier in Rede stehenden Art eintrete. Diesen Gründen ist entgegenzuhalten: Wenn schon bei den von ihnen erwähnten, gesetzlich zugelassenen Hypotheken Schwierigkeiten entstehen können, obwohl immerhin das Forderungsverhältnis, dem Spezialitätsprinzip des Liegenschaftsrechts entsprechend, noch durch die Verpflichtungsgemeinschaft der mehreren Schuldner oder durch die Identität des Gläubigers der mehreren Forderungen hinreichend klar und fest bestimmt und begrenzt ist, so darf diese Erkenntnis doch nicht zu dem Schlusse führen, daß das Grundbuch nun auch noch zu öffnen sei für Hypotheken, bei denen, entgegen dem Spezialitätsprinzip, beim Erlöschen einer Forderung die Entstehung der Eigentümergrundschuld ausgeschaltet und statt dessen die Sicherung eines gänzlich anderen Forderungskreises herbeigeführt werden soll. Aus § 2060 läßt sich nichts für diese Ansicht herleiten. Dort ist nur vorgesehen, daß die ursprünglich einheitlich gegen den Erblasser gerichtete Forderung unter Umständen sich bruchteilsweise auf die Erben verteilt. Selbstverständlich folgt dann die Hypothek der Teilung der Forderung. Diesem nachträglich eintretenden, gesetzlich vorgesehenen Ergebnis in einem besonderen Ausnahmefall kann aber keine Regel des Inhalts entnommen werden, daß auch von vornherein eine einheitliche Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner ohne Verpflichtungsgemeinschaft eingetragen werden dürfe. Auch ein praktisches Bedürfnis für die in RG 126, 272 zugelassene Eintragung kann nicht anerkannt werden. Den Belangen der Beteiligten hätte die Eintragung zweier im Range gleichstehender Hypotheken genügt, nämlich einer Verkehrshypothek für die Darlehnsforderung des G gegen A, B und C als Gesamtschuldner und einer Höchstbetragshypothek für die Ansprüche des G gegen A aus dem beabsichtigten Warenkredit. Im Interesse der Sicherheit, Klarheit und Durchsichtigkeit des Grundbuchverkehrs ist zu hoffen, daß das Reichsgericht zu seiner älteren Rechtsprechung zurückkehren wird. Die darin entwickelten Grundsätze gelten insbesondere auch für die Höchstbetragshypothek (KGJ 46, 229; OLG 40, 64), die allerdings häufig, weil sie vorzugsweise dem wechselnden Kreditverkehr zu dienen bestimmt ist, mehrere Forderungen sichert und sogar für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen bestellt werden kann (§ 1190 A 1). Auch bei ihr muß die Einheitlichkeit des Forderungsverhältnisses wenigstens insofern gewahrt bleiben, als die Forderungen demselben Gläubiger gegen denselben Schuldner zustehen müssen (RG 75, 247; 118, 354; KGJ 47, 201; RJA 16, 338; OLG 40, 64; JFG 2, 439). Unzulässig ist z. B. die Bestellung einer Höchstbetragshypothek für Forderungen aus einem fortlaufenden Kontokorrentverkehr gegen den Hypothekbesteller und dessen allgemeinen Rechtsnachfolger oder den Nachfolger im Grundstückseigentum (RJA 16, 341). Eine Verkehrshypothek kann auch nicht in der Weise bestellt werden, daß eine oder die andere Forderung (z. B. ein Bereicherungsanspruch, wenn die erste Forderung nichtig sei) gesichert sein soll (RG JW 1911, 653[28]). Mehrere selbständige Hypotheken (für verschiedene Forderungen) können in eine einheitliche Hypothek auch dann nicht umgewandelt werden, wenn sie in der Hand eines Gläubigers vereinigt sind und die eine der anderen im Range unmittelbar folgt; eine solche Vereinigung, die liegenschaftsrechtlich keinen sachlichen Zweck hat, ist im BGB nicht vorgesehen (RJA 8, 45; a. M. neuerdings RG 27. 6. 1934 V B 13/34). Dagegen ist es zulässig, Teile einer Hypothek, die durch Teilabtretung vorübergehend verschiedene Gläubiger gehabt haben, nunmehr aber wieder in die Hand eines Gläubigers gelangt sind, bei gleichem Range und gleichen Zahlungsbedingungen grundbuchrecht-

lich (z. B. hinsichtlich der Erteilung eines Hypothekenbriefs) als einheitliche Hypothek zu behandeln (KGJ 46, 239). Der Gesichtspunkt der Unzulässigkeit mehrerer Hypotheken für dieselbe Forderung an demselben Grundstück kommt aber nicht in Betracht, wenn der Grundstückseigentümer für eine bereits durch Hypothek gesicherte Forderung auch eine für ihn auf demselben Grundstück eingetragene Grundschuld verpfändet. Denn hier handelt es sich nicht um zwei Hypotheken für dieselbe Forderung, sondern um die Sicherung der Forderung einmal durch Hypothek (Pfand an dem Grundstück) und sodann durch Pfand an einer das Grundstück belastenden Grundschuld, wogegen keine rechtlichen Bedenken bestehen (OLG 45, 230). Zulässig ist auch die Bestellung einer Hypothek für eine bereits durch Grundschuld sei es an demselben sei es an einem anderen Grundstück gesicherte Forderung (RG 132, 136). — Aus den §§ 401, 1113, 1153 Abs 1, 1154 BGB, § 830 ZPO, wonach die Hypothek „für die Forderung" besteht, und aus der im § 1153 Abs 2 bestimmten Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung bei der Übertragung ist zu entnehmen, daß Forderung und Hypothek dergestalt ein einheitliches Ganzes bilden, daß die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek ein die Befriedigung dieses Hauptrechts sicherndes Nebenrecht ist (RG 81, 268). Die Streitfrage, inwieweit nach dem BGB die Hypothek ein von der Forderung abhängiges (akzessorisches) Recht sei, ist für die Rechtsanwendung bedeutungslos. Das Gesetz gibt nach einzelnen Richtungen besondere Bestimmungen hierüber (z. B. §§ 1137, 1138, 1158, 1159, 1163, 1177, 1184, 1185); weitere Folgerungen sind daraus nicht zu ziehen. Hervorzuheben ist in dieser Hinsicht nur: Die Hypothek muß zwar für eine bestimmt bezeichnete Geldforderung bestellt sein; sonst ist die Hypothekeintragung nichtig (OLG 2, 9). Liegt aber diese Voraussetzung vor, so hat die Hypothekeintragung auch dann Bestand, wenn die Forderung in Wirklichkeit nicht besteht oder wenn sie später erlischt. Nur ist in diesen Fällen das als Hypothek Eingetragene rechtlich keine Hypothek, sondern kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) eine Grundschuld, und zwar eine solche, die nicht dem eingetragenen Gläubiger, sondern dem Eigentümer zusteht. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Übertragung an einen gutgläubigen Erwerber wird aber das Recht, wenn es sich um eine Verkehrshypothek handelt (Vorbem 1), in der Hand des Erwerbers zu einer wirklichen Hypothek; damit gilt auch die Forderung in Ansehung des dinglichen Rechts als bestehend (§§ 892, 1138). — Der Grundbuchrichter darf die Eintragung der Hypothek nicht von dem Nachweise des Bestehens der Forderung abhängig machen. Vielmehr hat er regelmäßig auf die bloße Angabe des Schuldverhältnisses hin die Eintragung vorzunehmen, wie aus Abs 2 (auch aufschiebend bedingte, künftige Forderung) sich ergibt. Wenn jedoch nach der Angabe das Bestehen einer gegenwärtigen oder die Entstehung einer künftigen Forderung unmöglich ist (z. B. wenn die Hypothek für den künftigen Erbteil einer Person bestellt werden soll), hat der Grundbuchrichter die Eintragung der Hypothek abzulehnen (KGJ 40, 260; 52, 182), weil für sie eine Forderung notwendig ist (§§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1). Dies trifft aber, wenn für eine verzinsliche Forderung Hypothek bestellt werden soll, hinsichtlich des Zinsrechts nicht zu in dem Falle, daß dem Grundstückseigentümer zugleich der Nießbrauch oder die Nutznießung (als Ehemann oder Vater: §§ 1383, 1649) an der Forderung zusteht. Denn eine die Entstehung der Zinsforderung hindernde Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person greift hier nicht Platz. Der Nießbraucher oder Nutznießungsberechtigte ist nicht selbst Gläubiger des Zinsrechts, sondern hat nur die Befugnis, das dem Gläubiger der Forderung an sich zustehende Zinsrecht in eigenem Namen auszuüben. Das Zusammenfallen von Nießbrauchsrecht (Nutznießungsrecht) und Schuld in einer Person hat nur die Wirkung, daß während der Dauer des Zusammenfallens der Schuldner keine Zinsen zu zahlen braucht (KGJ 52, 180 gegen KGJ 40, 140; 45, 257; § 99 A 1 a. E.; § 1191 A 2 a. E.). — Soll nur für einen Teil einer Forderung eine Hypothek bestellt werden, so ist der Teil bestimmt anzugeben (OLG 20, 413); es genügt aber eine ziffernmäßige Angabe des Betrages der Teilforderung (RG 113, 233).

6. Daß zufolge der hypothekarischen Belastung **aus dem Grundstücke zu zahlen ist,** hat in Verbindung mit § 1147 die Bedeutung: Der Gläubiger ist berechtigt, mit der dinglichen Klage aus der Hypothek und demnächst im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus dem Erlöse oder Ertrage des Grundstücks und der mithaftenden Gegenstände (§§ 1120—1131) zu suchen (RG 47, 269; 55, 222; 56, 324; 65, 418; 93, 236; JW 1902 Beil 198). Hieraus folgt, daß das Recht des Hypothekengläubigers auf Zwangsvollstreckung in das Grundstück und die mithaftenden Gegenstände nicht völlig ausgeschlossen werden darf. Eine solche Vereinbarung ist als dem Wesen der Hypothek widerstreitend nichtig (RG Gruch 58, 974). Dagegen ist es nicht unzulässig, wenn das Recht auf Zwangsvollstreckung nur in der Weise eingeschränkt wird, daß der Gläubiger nicht selbst die Zwangsversteigerung des Grundstücks soll betreiben dürfen, im übrigen aber ihm Zwangsvollstreckungsakte (z. B. Zwangsverwaltung, Pfändung von Mietzinsen) freigelassen sind, er auch in einer von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung des Grundstücks seine Hypothek geltend machen darf (RG Gruch 58, 975). Über die Zulässigkeit einer Hypothekbestellung mit der Vereinbarung, daß der Gläubiger sich zunächst an das Grundstück halten müsse, oder der Vereinbarung, daß der Gläubiger sich überhaupt nur an das belastete Grundstück halten dürfe, s. A 7 a. E. — Da das Grundstück selbst nicht verklagt werden kann und im Ver-

mögen des Eigentümers steht, muß dieser im Rechtsstreit die Parteirolle des Beklagten übernehmen. Gegen ihn ist die Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück auszusprechen. Für die Forderung dagegen haftet das gesamte Vermögen des persönlichen Schuldners. Deshalb ist mit der Klage aus der Forderung gegen ihn, auch wenn er zugleich der Eigentümer ist, die Verurteilung zur Zahlung ohne Einschränkung auf einen Haftungsgegenstand zu verfolgen. Über die demgemäß zu stellenden Klaganträge, insbesondere wenn die dingliche und die persönliche Klage (Schuldklage) gegen den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, miteinander verbunden werden: § 1147 A 4. — Aus Vorstehendem ergibt sich, daß die Hypothek nicht als eine im Falle der Nichterfüllung mit persönlichen Folgewirkungen versehene Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung mit Beschränkung seiner Haftung auf das Grundstück (sog. Realobligation) begründet ist (vgl. § 241: das Wesen eines Schuldverhältnisses besteht in der Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung), sondern daß sie lediglich das Grundstück mit der Verpflichtung belastet, aus ihm an den Gläubiger zu zahlen. Hierin zeigt sich die Dinglichkeit der Hypothek. Denn das Wesen jedes dinglichen Rechts besteht in der unmittelbaren Unterwerfung einer Sache unter die Herrschaft einer Person in bestimmter Beziehung (str.; **RG** 73, 143; 93, 236; RJA 11, 158). Bei der Geltendmachung der Hypothek durch Klage, Kündigung oder Mahnung (§§ 1141, 1156, 1160) vertritt der Eigentümer als Gegner nur notwendigerweise sein Grundstück. Vgl. auch § 1146 (Verzugszinsen „aus dem Grundstück"). Ihm ist zwar durch § 1142 unter den dort bestimmten Voraussetzungen das Recht gewährt, durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung in das Grundstück abzuwenden. Ihm ist aber nicht die Verpflichtung hierzu auferlegt. Vielmehr hat er nur zu dulden, daß der Hypothekengläubiger zu seiner Befriedigung wegen der Hypothekenforderung die Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in die für die Hypothek haftenden Gegenstände betreibt (**RG** 130, 385). Deshalb und weil dingliche Rechte an Grundstücken nur den im Gesetz zugelassenen Inhalt haben dürfen, ist die Eintragung einer Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers als solchen (im Gegensatz zum persönlichen Schuldner), den Hypothekengläubiger unter bestimmten Voraussetzungen zu befriedigen, unzulässig (RJA 11, 156). Da die Hypothek sonach kein schuldrechtlicher Anspruch ist, kann für sie zugunsten des Eigentümers (der nicht persönlicher Schuldner ist) auch keine Bürgschaft wirksam übernommen werden. Denn die Bürgschaft setzt nach § 765 die schuldrechtliche Verbindlichkeit eines Dritten voraus, für die einzustehen der Bürge sich verpflichtet (**RG** 93, 236). Ferner ist die Bestellung einer Hypothek nicht als „Eingehung einer Verbindlichkeit" im Sinne des BGB (z. B. des § 817 Satz 2 Halbs. 1) zu erachten, da das Gesetz darunter die Begründung eines persönlichen Schuldverhältnisses versteht (§§ 364, 821, 1298, 1412ff., 1415, 1531ff., 1660) und die Hypothek eine dingliche Grundstücksbelastung ist (**RG** 73, 145; vgl. jedoch die nicht zutreffende Beurteilung von **RG** 68, 103 in **RG** 71, 435). Auch für die während seiner Besitzzeit fällig werdenden Zinsen haftet der Eigentümer nicht persönlich (Prot 3, 576). Indessen ist der Anspruch aus einer Hypothek, da aus dem Grundstück zu zahlen ist, als auf eine „Leistung" gerichtet anzusehen. Daher findet z. B., wenn der aus einer Hypothek verklagte Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers die Hypothekbestellung nach §§ 29ff. KO einredeweise anficht, § 41 Abs 2 KO (Verweigerung der Leistung nach Ablauf der Anfechtungsfrist) Anwendung (**RG** 95, 226). — Erlischt die Hypothek durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§§ 52, 91 ZVG), so tritt an ihre Stelle der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse. Dieser Anspruch gilt aber nicht mehr als ein hypothekarisches Recht, da dieses eben erloschen ist und folglich eine hypothekarische Grundstücksbelastung nicht mehr besteht, sondern als ein Forderungsrecht, insbesondere auch hinsichtlich der Übertragung, der Pfändung, des Verzichts darauf. Die für die frühere Hypothek gegebenen gesetzlichen Vorschriften können höchstens insoweit entsprechend angewendet werden, als nicht ihre Anwendung gerade dadurch ausgeschlossen wird, daß nicht mehr das Grundstück, sondern der Erlös den Gegenstand der Haftung bildet (**RG** 55, 264; 60 S. 224, 253; 63, 216; 64, 215; 65, 419; 70, 279; 125, 367; JW 1906, 387[13]; vgl. hierüber auch § 1168 A 1 und für die Höchstbetragshypothek **RG** 55, 222).

7. Wird eine Hypothek **für eine künftige oder bedingte Forderung** bestellt, so entsteht die Hypothek, anders als im Falle der Bestellung einer bedingten Hypothek (A 2), sogleich mit der Eintragung. Eine bereits entstandene, aber noch nicht fällige Forderung ist keine künftige. Deshalb fällt die für einen Werklohnanspruch (§ 631 Abs 1) bestellte Hypothek nicht unter § 1113 Abs 2, wenn der Werkvertrag abgeschlossen, das Werk aber noch nicht begonnen ist (**RG** JW 1932, 1216[15]). Ist die Forderung auflösend bedingt, soll z. B. die Forderung beim Tode des Gläubigers erlöschen (KGJ 23 A 238) oder ist Widerruf des Schenkungsversprechens, auf das sich die Forderung gründet, vorbehalten (KGJ 29 A 245), so steht die Hypothek zunächst dem Gläubiger als wirkliche Hypothek zu. Tritt die Bedingung ein, so verwandelt sich die Hypothek mit dem Erlöschen der Forderung in eine Grundschuld des Eigentümers (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1; KGJ 33 A 242). Unter dem Gesichtspunkt der Hypothekbestellung für eine bedingte Forderung ist es auch zulässig, daß für eine schenkungsweise Zuwendung an eine Kirchengemeinde oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft eine Hypothek eingetragen wird, bevor die für die Zuwendung erforderliche behördliche Genehmigung (z. B. nach Art 86 EG, Art 6 § 1 Pr.AGBGB) erfolgt ist. Denn die nicht

genehmigte Zuwendung ist nicht von vornherein nichtig, sondern ihre Wirksamkeit ist nur von der Erteilung der Genehmigung abhängig, so daß ein Schwebezustand, ähnlich wie bei einer Bedingung, besteht (RG 88, 339). Soll die Forderung erst künftig entstehen, wie dies bei Höchstbetragshypotheken (§ 1190) häufig der Fall ist, oder ist sie aufschiebend bedingt, so erlangt der Gläubiger die Hypothek erst mit der Entstehung der Forderung; bis dahin besteht sie als vorläufige, durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Grundschuld des Eigentümers (RG 51, 43; 75, 250; JW 1902 Beil 223[80]; 1912, 402[24]; KGJ 45, 290; 49 S. 217, 221; 52, 202; 53, 169; § 1190 A 3). Beispielsfälle: die Gewährung eines Darlehns ist erst zugesagt (RG 51, 43; OLG 14, 99; JW 1926, 2581[1]); eine Höchstbetragshypothek ist für den Fall bestellt, daß ein Teil des durch eine andere Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungskreises sich als durch diese Hypothek nicht gedeckt ergeben würde (§ 1132 A 4); gesichert wird eine durch vorzeitige Rückzahlung des Hauptkapitals oder durch unpünktliche Rückzahlung des Kapitals bedingte Entschädigungsforderung (RG Gruch 57, 154; KGJ 36 A 233; 49, 216; 49, 221; 52, 201; OLG 39, 247); einem Altsitzer soll im Falle seines vom Eigentümer verschuldeten Fortzugs an Stelle der Altenteilsleistungen eine Forderung auf Zahlung einer Geldsumme zustehen (KGJ 53, 169). Über die Zulässigkeit der Abtretung und Pfändung der in solchen Fällen zunächst vorhandenen Eigentümergrundschuld: § 1163 A 3. — Abs 2 setzt, wie sich aus Abs 1 ergibt, voraus, daß die künftigen oder bedingten Forderungen eine fest bestimmte Höhe haben. Auch kann eine künftige Forderung nur dann Gegenstand der Sicherung durch Hypothek sein, wenn eine Rechtslage gegeben ist, die schon zur Zeit der Eintragung der Hypothek eine gewisse Gewähr dafür bietet, daß aus ihr in Zukunft eine Forderung entstehen werde (KGJ 37 A 280; 40, 145). Fälle der Bestellung von Verkehrshypotheken für künftige Darlehnsforderungen aus einem Abrechnungsverhältnis und für künftige Wechselforderungen aus einem Wechselverkehr behandeln RG 60, 243; JW 06, 550[19]; 08, 555[16]. Für eine künftige Forderung, die mit ihrem Entstehen nach § 607 Abs 2 in ein Darlehen umgewandelt werden soll, kann sogleich eine Darlehnshypothek eingetragen werden (RG 21. 1. und 1. 4. 1931 V 214 und 273/30). Zulässig ist eine Hypothek für die (schon jetzt begründete) Forderung aus einem erst nach dem Tode des Schenkgebers zu erfüllenden Schenkungsversprechen, auch wenn Widerruf vorbehalten ist (KGJ 29 A 244; 40 A 260); dagegen nicht für den künftigen Erbanspruch der gesetzlichen Erben (OLG 14, 97; KGJ 40 A 260). Zulässig ist auch eine Vereinbarung der bei der Hypothekbestellung Beteiligten, daß die Forderung erst in der Person des Zessionars entstehen solle (RG Warn 1908 Nr 321; 1911 Nr 184; HRR 1932 Nr 235; § 1163 A 2). — Durch eine Vereinbarung, daß der Gläubiger im Falle der Nichtzahlung der fälligen Forderung seine Befriedigung zunächst aus dem belasteten Grundstück suchen soll, wird die Forderung nicht zu einer bedingten. Vielmehr enthält diese Vereinbarung eine zulässige Tilgungsbestimmung, die aber nicht eintragungsfähig ist, da sie die Hypothek als solche nicht berührt, sondern nur für die Geltendmachung der Forderung von Bedeutung ist (JW 1925, 802[1]; a. M. RJA 8, 63). Streitig ist, ob eine Vereinbarung, daß der Gläubiger sich überhaupt nur an das belastete Grundstück halten dürfe, zulässig ist. M. 3, 611 schließen sie aus, weil dadurch die klare Grenzziehung zwischen Hypothek und Grundschuld verdunkelt werden würde, und meinen, daß dabei der Fall einer Hypothek nicht gegeben sei, vielmehr nur eine Grundschuld eingetragen werden könne. In RG 128, 145 ist die Frage unentschieden gelassen. Sie ist aber zu bejahen. Denn auch bei einer solchen Vereinbarung besteht eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung, also eine Forderung gegen ihn. Nur ist im Falle des Unterbleibens der Leistung die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners auf einen einzelnen Vermögensgegenstand, nämlich das Grundstück, beschränkt. Es kann daher für eine so hinsichtlich des Haftungsgegenstandes beschränkte Forderung Hypothek bestellt werden, wenigstens dann, wenn der bestellende Eigentümer zugleich der Schuldner der Forderung ist. Die schuldrechtliche (persönliche) Klage gegen den Schuldner muß die Einschränkung enthalten, daß die Zwangsvollstreckung nur in das Grundstück zulässig sein solle. Eintragungsfähig ist aus dem bereits oben erwähnten Grunde auch diese Vereinbarung allerdings nicht.

§ 1114

Ein Bruchteil [1]) eines Grundstücks kann mit einer Hypothek [2]) nur [3]) belastet werden [4]), wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers [5]) besteht.

E I 1063 II 1023; M 3 638ff.; P 3 543f.

1. Da nach § 1114 ein **Bruchteil** mit einer Hypothek nur belastet werden kann, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht, ist die Eintragung einer Hypothek auf einen Bruchteil, der kein Miteigentumsanteil ist, unzulässig (RG 117, 267). Der gesetzgeberische Grund hierfür ist, daß für derartige Belastungen nicht, wie für die Belastung des Anteils eines Miteigentümers, ein praktisches Bedürfnis besteht und ihre Ausschließung mit Rücksicht auf die Erleichterung der Grundbuchführung und der Zwangsversteigerung geboten ist (M 3, 640; RG 68, 79; RJA 4, 53). Daher kann weder der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Grundstücks noch der Mit-

eigentümer einen Bruchteil seines Miteigentumsanteils mit einer Hypothek belasten (RJA 3, 104; 4, 39; 16, 137). Auch der Miteigentümer zu einem Bruchteil, der den Anteil eines anderen Miteigentümers hinzuerwirbt, kann nunmehr, gleichviel ob er dadurch Alleineigentümer wird oder Teileigentümer bleibt, weder seinen früheren noch den hinzuerworbenen Bruchteil allein belasten (RJA 3, 104; 4, 39; 16, 137; KGJ 30 A 219; OLG 20, 407; 35, 329). Dies gilt auch dann, wenn die Einigung über die Bestellung der Hypothek (z. B. für den Kaufgeldrest) an dem hinzuerworbenen Anteil bereits vor dem Übergang des Eigentums an diesem Anteil zustande gekommen ist. Denn die Hypothek kann erst nach der Eintragung des Eigentumsübergangs eingetragen werden; zu dieser Zeit hat aber der Anteil schon aufgehört, ein selbständiger Anteil zu sein (RJA 3, 104; 4, 39; KGJ 30 A 219). Dabei macht es keinen Unterschied, ob der frühere und der hinzuerworbene Bruchteil sich in völlig gleichem Rechtszustande befinden oder ob ihre Rechtsverhältnisse, namentlich ihre Belastungen und Rechtsbeschränkungen (z. B. hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Eigentümers) voneinander verschieden sind. Denn auch im letzteren Falle sind sie nach ihrer Vereinigung in einer Hand nicht mehr selbständige Miteigentumsanteile (RJA 4, 39). Daher ist auch dann die Eintragung der Hypothek nicht zulässig, wenn ein Miteigentümer den andern Miteigentumsanteil als Vorerbe erwirbt, ein Testamentsvollstrecker ernannt ist und dieser eine Hypothek für einen Vermächtnisnehmer auf den bisherigen Anteil des Erblassers eintragen lassen will. Denn solange die Vorerbschaft dauert, gehört der Anteil des Erblassers dem Vorerben, und die Befugnisse des Testamentsvollstreckers finden an der zwingenden Vorschrift des § 1114 ihre Schranke (RJA 16, 136). Unzulässig ist auch die Belastung eines (ideellen) Teils, der kein Bruchteil ist (RG 88, 26). Gehört also ein Grundstück zum Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand, z. B. zum Vermögen einer Gesellschaft (§§ 718, 719), zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1442, 1487, 1519, 1549), zum Nachlaßvermögen der Erbengemeinschaft (§§ 2033, 2040 Abs 1), so ist die Bestellung einer Hypothek an dem Anteil eines der Mitberechtigten unstatthaft, da dem einzelnen Mitberechtigten ein Anteilsrecht zu einem Bruchteil nur an dem gesamten Vermögen, nicht an den einzelnen Gegenständen zusteht (RG 88, 26; 117, 267; RJA 1, 29; 3, 43; 4, 254; OLG 2, 27; 7, 321; 16, 341; 21, 38). Dies gilt auch dann, wenn die anderen Mitberechtigten ihre Zustimmung erteilen. Denn die Unzulässigkeit folgt nicht aus dem Fehlen der Verfügungsmacht, sondern aus der Art des Belastungsgegenstandes (RG 88, 27; RJA 3, 43). Dagegen war nach früherem preußischen Recht eine Hypothek, die ein Miterbe an dem seinem Erbteil entsprechenden Anteil an dem zum ungeteilten Nachlasse gehörenden Grundstück bestellte, nicht schlechthin unwirksam. Sie bestand vielmehr formell, durfte von dem bestellenden Miterben selbst nicht angefochten werden und konnte sich zu einem materiell gültigen Hypothekenrecht gestalten, wenn der Miterbe das Grundstück bei der Erbteilung ganz oder teilweise zum Eigentum zugeteilt erhielt. Allerdings wurde sie gegenstandslos, wenn der Miterbe keinen Anteil am Grundstück erhielt (RG 79, 395). Wurde das Grundstück in der Hand der Erbengemeinschaft zwangsweise versteigert, so erlangte der Hypothekengläubiger auch hier kein Recht an dem Versteigerungserlöse, weil die Bedingung für das Gültigwerden der Hypothek, nämlich der Erwerb des Grundstücks durch den Miterben im Wege der Erbteilung, endgültig ausgefallen war (RG 79, 392). Zulässig ist nach dem Recht des BGB die Belastung eines körperlichen (realen) Teiles. Nach der Ordnungsvorschrift des § 6 GBO, deren Nichtbeachtung aber die Eintragung der Hypothek nicht unwirksam macht (RG JW 1905, 319[6]), ist der belastete Teil als selbständiges Grundstück zu buchen (vgl. auch § 96 GBO).

2. Dasselbe wie für die **Hypothek** gilt nach §§ 1192, 1199 auch für die Grundschuld und die Rentenschuld. Für das dingliche Vorkaufsrecht und die Reallast sind in den §§ 1095, 1106 gleiche Vorschriften gegeben. Mit einem Erbbaurecht, einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann nach der Natur dieser Rechte ein Bruchteil überhaupt nicht belastet werden. Wohl aber mit einem Nießbrauch (§ 1030 „Sache"; M 3, 494). Streitig ist, ob § 1114 auch auf eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek entsprechend Anwendung zu finden hat. Dies ist zu bejahen. Denn die Schwierigkeiten der Grundbuchführung und der Zwangsversteigerung, die § 1114 verhüten will (A 1), können auch durch Eintragung einer Vormerkung auf einen von dem Verbot des § 1114 betroffenen Teil (A 1) entstehen. Überdies werden im Zwangsversteigerungsverfahren (§§ 48, 119, 120, 124, 125 ZVG; vgl. auch §§ 24, 193 KO) Vormerkungen wie eingetragene bedingte Rechte berücksichtigt. Daher kann z. B. bei ungeteiltem Nachlaß auch eine Vormerkung auf den Anteil eines Miterben an einem zum Nachlasse gehörigen Grundstück nicht eingetragen werden (RJA 4, 253), und zwar selbst dann nicht, wenn sämtliche Miterben die Eintragung bewilligen sollten (A 1).

3. Aus den Worten **„kann nur"** folgt: Eine von § 1114 nicht zugelassene Belastung eines Bruchteils oder eines Teiles, der kein Bruchteil ist (A 1), entbehrt der Rechtswirksamkeit. Erfolgt sie trotzdem, so stellt sie eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung im Sinne des § 54 GBO dar, auf die sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht erstreckt (RG 88, 21; RJA 3, 92; OLG 16, 342; 20, 407; 21, 38; 30, 18; 40, 57). Sie wird auch nicht nachträglich, etwa nach § 185 Abs 2, dadurch wirksam, daß der Bruchteil durch späteren Erwerb zu einem Miteigentumsanteil wird. Denn die Unzulässigkeit beruht nicht auf einem Mangel der Verfügungsmacht, sondern

auf der Art des Belastungsgegenstandes (RG 88, 21; A 1). Vorbehalte für die Landesgesetzgebung: Art 112 EG (Bahneinheiten); Art 113 EG (Zusammenlegung; OLG 4, 314; KGJ 32 A 228). Über Teilhypotheken des badischen und rheinisch-französischen Rechts: **RG** 60, 310.

4. Der rechtsgeschäftlichen **Belastung** mit einer Hypothek steht nach §§ 864 Abs 2, 932 ZPO die Eintragung einer Zwangshypothek oder einer Arresthypothek gleich. Daher kann auch eine Zwangshypothek oder eine Arresthypothek nicht eingetragen werden z. B. auf den Anteil: eines Miterben an einem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstück (RJA 1, 29; OLG 2, 27; 7, 321; 39, 246; SeuffA 63 Nr 251); eines Ehegatten an einem zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gehörigen Grundstück (OLG 16, 341). Streitig ist, ob im Falle der Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters eine Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher gemäß § 128 ZVG auf den versteigerten Anteil auch dann eingetragen werden darf, wenn der andere Miteigentümer den Anteil ersteigert hat und so Alleineigentümer des Grundstücks geworden ist. Dies ist zu bejahen. Allerdings entsteht die Sicherungshypothek nach § 128 Abs 3 ZVG erst mit der Eintragung. Aber aus den §§ 90—92 in Verbindung mit § 128 Abs 1 und § 131 ZVG ergibt sich, daß der Ersteher das Grundstück, also auch einen ersteigerten Bruchteil, für den Fall der Nichtzahlung des Versteigerungserlöses belastet mit der Sicherungshypothek erwerben soll und daß zur Durchführung dieses Gesetzeswillens der Vollstreckungsrichter das Grundbuchamt gleichzeitig zu ersuchen hat, den Ersteher als Eigentümer einzutragen und die Eintragung der Sicherungshypothek zu bewirken. Gegenüber diesen Sondervorschriften, aus denen erhellt, daß der Eigentumsübergang auf den Ersteher seine volle Wirkung erst erlangt, wenn auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters die aus der Kaufgelderverteilung sich ergebenden Eintragungen im Grundbuch vorgenommen werden, kann § 1114 BGB nicht Platz greifen. Die Ansicht, daß in einem solchen Falle die Sicherungshypothek auf das ganze Grundstück eingetragen werden könne und müsse, ist nicht zu billigen. Denn der Gläubiger würde dadurch eine größere Sicherheit erlangen, als er nach dem Gesetz beanspruchen kann (**RG** 94, 156; JW 1933, 626[12]; a. M. RJA 3, 92; 3, 255). — Ein Miteigentumsanteil kann auch für sich allein wegen einer auf dem ganzen Grundstück ruhenden Hypothek aus der Pfandhaft entlassen werden (**RG** 61, 397; 81, 83; KGJ 27 A 146). Das gilt selbst dann, wenn das Miteigentum erst durch Veräußerung eines Bruchteils des mit der Hypothek belasteten Grundstücks durch den früheren Alleineigentümer entstanden ist. Denn auch dann gelten die nunmehr vorhandenen Miteigentumsanteile als selbständige Grundstücke; die Hypothek ist also eine Gesamthypothek (§ 1132; KGJ 30 A 259). Dagegen ist die Pfandentlassung eines nicht in einem Miteigentumsanteil bestehenden Bruchteils des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks (z. B. seitens des Alleineigentümers) nicht statthaft, da dadurch der andere Bruchteil unzulässig mehr, also neu belastet werden würde (KGJ 21 A 116; 27 A 146).

5. Die **Miteigentumsanteile** sollen nach § 48 GBO im Grundbuch in Bruchteilen angegeben sein. Ist dies nicht der Fall, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung einer Hypothek auf einen Anteil abzulehnen (**RG** 54, 86; KGJ 20 A 304; 21 A 110; 27 A 147; OLG 4, 327; 6, 488). Jedoch ist eine unter Verstoß gegen diese Ordnungsvorschrift bewirkte Hypothekeintragung nicht unwirksam (**RG** 54, 86). Streitig ist, ob der Eigentümer, der dadurch Alleineigentümer geworden ist, daß er zu seinem früheren Miteigentumsanteil den Anteil des anderen Miteigentümers hinzuerworben hat, die nur auf dem einen Anteil haftende Hypothek auf den anderen Anteil erstrecken kann. In **RG** 68, 79 ist dies entgegen KGJ 26 A 286 jedenfalls dann für zulässig erachtet, wenn dingliche Rechte, die der auf das ganze Grundstück zu erstreckenden Hypothek im Range gleich- oder nachstehen, nicht vorhanden sind oder wenn die Inhaber solcher Zwischenrechte der Erstreckung zustimmen. Darauf ist in KGJ 36 A 237 die Erstreckung allgemein und ohne Rücksicht auf das Vorhandensein oder die Zustimmung von Zwischenberechtigten zugelassen. Das erscheint, wenn man eine Erstreckung überhaupt für zulässig hält, folgerichtig. Denn das Verbot des § 1114 bezieht sich auf den Belastungsgegenstand. Ein untauglicher Belastungsgegenstand kann aber nicht deshalb als ein tauglicher gelten, weil keine Zwischenrechte vorhanden sind oder die Inhaber der vorhandenen ihre Zustimmung zur Eintragung erteilen. Die an sich zweckmäßig erscheinende Zulassung läßt sich damit rechtfertigen, daß die Erstreckung zur Belastung des ganzen Grundstücks wegen derselben Hypothekenforderung führt und daher die Belastung (nur) eines Bruchteils nicht zur Folge hat. Erlangt der Miteigentümer, auf dessen Anteil eine Hypothek eingetragen worden ist, demnächst das Alleineigentum an dem ganzen Grundstück, so bleibt die Hypothek an dem Anteil bestehen. Nach § 864 Abs 2 ZPO ist die Zwangsvollstreckung wegen der Hypothek in den Bruchteil zulässig (**RG** 94, 157; Warn 1911 Nr 11; OLG 40, 58). Auch wenn eine Hypothek je auf die Anteile der Miteigentümer besonders eingetragen worden ist und dann die Miteigentümer das Grundstück unter sich real teilen und das Teilstück des einen Miteigentümers nach einem neuen Grundbuchblatt übertragen wird, bleibt die Hypothek so, wie sie bisher auf den Anteilen am ganzen Grundstück bestand, auf den Anteilen an den Teilstücken bestehen und ist so auch auf das neue Grundbuchblatt mitzuübertragen (OLG 40, 57). Ist ein Grundstücksbruchteil durch Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber von einer gelöschten, aber aufzuwertenden Hypothek frei geworden, so bleibt der nicht veräußerte Bruchteil für den

vollen Aufwertungsbetrag verhaftet. Wird das Grundstück alsdann von den Miteigentümern gemeinschaftlich weiter veräußert, dergestalt, daß wiederum mehrere Personen, aber ohne den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, Miteigentum zu Bruchteilen erwerben, so steht § 1114 der Annahme nicht entgegen, daß die Aufwertungslast nunmehr auf den neuen Eigentumsbruchteilen zu entsprechenden Anteilen lastet (RG HRR 1929 Nr 835).

§ 1115

Bei der Eintragung der Hypothek [1]) müssen [2]) der Gläubiger [3]), der Geldbetrag der Forderung [4]) und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz [5]), wenn andere Nebenleistungen [6]) zu entrichten sind, ihr Geldbetrag [6]) im Grundbuch angegeben werden; im übrigen [7]) kann zur Bezeichnung der Forderung [8]) auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden [9]).

Bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung [10]).

E I 1064 II 1024; M 3 640ff.; P 3 544ff.

1. Die **Eintragung der Hypothek** hat im allgemeinen, wie sich aus §§ 873, 1113 ergibt, in der Weise zu erfolgen, daß aus dem Grundbuch alles das ersichtlich ist, was zur Begründung der hypothekarischen Belastung erforderlich ist und für die Erkennbarkeit der Belastung nach ihrem Inhalt und Umfang Bedeutung hat (M 3, 640; RJA 12, 247; KGJ 26 A 280; 28 A 259; 34 A 279; 35 A 274). So ist z. B. bei bedingten Hypotheken auch die Bedingung einzutragen (§ 874 A 4; § 1113 A 2). Jedoch braucht nicht alles in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen zu werden. Vielmehr genügt in den Grenzen des § 874 eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Da aber § 874 nur „zur näheren Bezeichnung des Rechtes" die Bezugnahme gestattet, können z. B. Verfügungsbeschränkungen (Bedingung, Konkurs, Bestellung eines Testamentsvollstreckers, Nacherbschaft), ein vereinbartes Rangverhältnis (§ 879 Abs 3), der Rangvorbehalt (§ 881 Abs 2) nicht durch Bezugnahme zur Eintragung gebracht werden (vgl. A 7). § 1115 gibt für die E i n t r a g u n g d e r F o r d e r u n g, deren Notwendigkeit aus dem Wesen der Hypothek (§ 1113) folgt, eine Sonderbestimmung dahin, daß gewisse Merkmale der Forderung der Eintragungsvermerk selbst enthalten muß und daß nur im übrigen die Eintragung der Forderung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig ist. § 1115 hat aber nur für die Art und Weise der Eintragung maßgebende Bedeutung. Ob abgesehen hiervon eine bewilligte hypothekarische Eintragung ihrem Inhalt nach zulässig ist, bestimmt sich nach § 1113 (KGJ 35 A 274, 280; 36 A 233; OLG 9, 310; 18 S. 161, 186).

2. Aus dem Worte **„müssen"** folgt: Die Hypothek ist nichtig, wenn die im Abs 1 Halbs 1 bezeichneten Merkmale der Forderung nicht im Eintragungsvermerk selbst enthalten sind, mag auch ihretwegen auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen worden sein (RG 108, 149; 113, 229; 127, 312). Über die Folgen der Nichtübereinstimmung zwischen der Einigung und dem Eingetragenen, insbesondere im Falle unzulässiger Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, vgl. § 873 A 10, § 874 A 2. Die unzulässig eingetragene Hypothek besteht auch nicht als Eigentümergrundschuld, da diese eine rechtsgültig begründete Hypothek zur Voraussetzung hat. Eine so eingetragene Hypothek ist vielmehr gemäß § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen. Jedoch macht die Nichteintragung des Zinssatzes oder sonstiger Nebenleistungen nur das Nichteingetragene nichtig, nicht die ganze Hypothek (RG 113, 229). Unrichtigkeit der Einschreibung (z. B. fälschliche Bezeichnung einer Hypothek als Grundschuld) berührt die Rechtswirksamkeit der Belastung als solcher nicht (RG JW 1898, 272[42]; 1902 Beil 223). Nach RG 113, 230; JW 1926, 993[3] macht auch die Angabe eines unrichtigen Berechtigten die Eintragung, sofern nur über die Persönlichkeit des eingetragenen Berechtigten kein Zweifel besteht, nicht im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO ihrem Inhalt nach unzulässig. Das gilt auch dann, wenn im Eintragungsvermerk auf die den richtigen Berechtigten bezeichnende Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist. Denn diese Bezugnahme erstreckt sich nicht auf die Person des Gläubigers, sondern nur auf andere, nicht besonders eintragungsbedürftige und deshalb auch nicht besonders eingetragene Einzelheiten der Forderung (RG 13. 7. 1932 V 187/32). Für die Sicherungshypothek ist § 1184 Abs 2 zu beachten.

3. Daß der Name des **Gläubigers** angegeben wird, ist vom Gesetz nicht als wesentlicher Bestandteil der Einschreibung erfordert. E s g e n ü g t daher auch eine B e z e i c h n u n g o h n e N a m e n s a n g a b e, w e n n daraus die P e r s o n d e s G l ä u b i g e r s z w e i f e l s f r e i z u e n t n e h m e n i s t (M 3, 641; RG 72, 40; Warn 1915 Nr 286; RJA 2, 148; 4, 130; 4, 257; OLG 26, 130; 27, 242; für Gesamthypotheken SeuffA 86 Nr 166). Regelmäßig wird allerdings Vor- und Familienname

sowie Stand und Wohnort einzuschreiben sein. Dies ist auch von den Landesjustizverwaltungen meistens den Grundbuchämtern vorgeschrieben (RG 72, 40; KGJ 23 A 127; 29 A 182; 39 A 223; RJA 4, 130; OLG 3, 229; 23, 320). Bei einer Handelsgesellschaft ist die Angabe der Gesellschaftsart neben der Firma zu fordern (KGJ 39 A 218; OLG 23, 320). Eine geschiedene Frau behält den Stand (d. i. sozialen Stand, nicht Familienstand: KGJ 42, 179) ihres früheren Ehemanns so lange, bis sie durch Eintritt neuer Umstände (Ergreifung eines eigenen Berufs, Wiederverheiratung) einen anderen Stand erlangt; zur Vermeidung der Irreführung über den Familienstand ist aber ein Hinweis auf die Ehetrennung, z. B. durch das Wort „frühere", erforderlich (KGJ 51, 140). Trotz Nichtbeachtung dieser Vorschriften ist aber die Hypothekeintragung rechtsgültig, wenn der Gläubiger anderweit bestimmt bezeichnet ist. Das gilt insbesondere bei der Eintragung einer Hypothek für einen Einzelkaufmann unter seiner Firma. Zwar bietet eine solche Eintragung namentlich in Anbetracht eines möglichen Wechsels des Firmeninhabers keine genügende Gewähr für fortdauernde Klarheit der Gläubigereintragung und soll daher vom Grundbuchamt nicht vorgenommen werden (str.; RJA 3, 196; KGJ 26 A 135; 37 A 227; 38 A 229; OLG 10, 230; 23, 320; JFG 2, 313; a. M. OLG 5, 254). Ist sie aber erfolgt, so bewirkt sie nicht die Nichtigkeit der Hypothek, da durch die Firmeneintragung der Inhaber der Firma als Gläubiger ausreichend bestimmt wird (RG 72, 40; Warn 1915 Nr 286; KGJ 26 A 138; 38 A 230; OLG 5, 255; 45, 204). Über die Art der Eintragung von Miterben, die eine ererbte Firma fortführen: OLG 21, 311. Ist eine Hypothek unrichtig für einen Vertreter (Organ einer juristischen Person, z. B. Regierung in X, Kirchenvorstand, Polizeibehörde: SeuffA 57 Nr 211; KGJ 39 A 210; 51, 244) oder für eine Vermögensmasse statt auf den Namen des wirklichen Gläubigers eingetragen worden, so ist die Hypothek nicht nichtig, sofern der (wahre) Gläubiger sich mit genügender Bestimmtheit aus der Eintragung ergibt. So ist z. B. eine Hypothek nicht nichtig, bei der als Gläubiger eingetragen ist: der Bevollmächtigte statt des Geschäftsherrn, der allein zeichnungsberechtigte Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft statt dieser Gesellschaft (RG 79, 74; JW 1898, 272[42]); eine bereits zur Einzelfirma gewordene offene Handelsgesellschaft (RG HRR 1931 Nr 1316); ein Treuhänder statt der eigentlichen mehreren Gläubiger, wie der Lieferanten zu einem Neubau (RG 79, 121; OLG 18, 186; über die Notwendigkeit der Angabe der Treugeber JFG 8, 352); eine Konkursmasse statt des Gemeinschuldners (SeuffA 44 Nr 79; OLG 5, 7; 15, 329; 27, 243); ein Testamentsvollstrecker oder ein Nachlaßpfleger oder eine Nachlaßmasse, vertreten durch die Testamentsvollstrecker, statt der Erben (RJA 2, 241; KGJ 34 A 276; 36 A 226; 40 A 203; OLG 7, 375; 20, 416; 26, 126); eine Kommunalsparkasse statt des Kommunalverbandes (RG 34, 3; 64, 400; 68, 278; KGJ 28 A 71; OLG 4, 488; 8, 205; 9, 360; 24, 244); die Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft statt der Firma der Hauptniederlassung (RG 62, 7; JW 1904, 297[37]; RJA 4, 47; 4, 224; 7, 148; OLG 9, 351, wo angenommen ist, daß eine von der Zweigniederlassung erworbene Hypothek richtig für die Zweigniederlassung eingetragen wird, wenn diese eine eigene, von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma hat). Hinreichend bestimmt ist die Gläubigereintragung auch dann, wenn eine Hypothek eingetragen wird für noch unbekannte Erben (nicht den Nachlaß: KGJ 42, 223) oder Nacherben eines bestimmten Verstorbenen (RG 72, 40; RJA 4, 131; 4, 256; KGJ 23 A 128; 42, 224; 36 A 226; 40 A 203; OLG 6, 475). In den §§ 126, 128, 130 ZVG ist die Eintragung einer Sicherungshypothek für einen unbekannten Berechtigten wegen der auf ihn übertragenen Forderung gegen den Ersteher ausdrücklich zugelassen. Dagegen ist die Eintragung einer Hypothek für einen oder den anderen Gläubiger (alternativ) wegen mangelnder Bestimmtheit unzulässig (§ 1113 A 3). Ist eine juristische Person Gläubiger, so muß sie derart bezeichnet werden, daß ihre Eigenschaft als juristische Person und ihre Eigenart deutlich erkennbar ist (KGJ 24 A 86). — Von der Frage, wie der Gläubiger eingetragen werden muß, ist zu scheiden die Frage, **wer Gläubiger** einer Hypothek **sein kann.** Für Personenvereinigungen, die zwar keine juristischen Personen sind, aber nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift unter ihrem Gesamtnamen (Firma) Rechte erwerben können, wie offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften (§§ 124, 161 Abs 2 HGB), kann eine Hypothek bestellt werden (RJA 10, 153). Dasselbe ergibt sich für die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Gesellschaften m. b. H., die Genossenschaften aus den §§ 210, 320 HGB, § 13 GmbHG, § 17 GenG. Dagegen kann ein nichtrechtsfähiger Verein oder eine Gesellschaft des BGB (§§ 54, 705ff.) nicht Gläubiger einer Hypothek sein, da ihnen die selbständige Rechtspersönlichkeit fehlt (RG JFG 3, 4; RJA 9, 238; 10, 153; KGJ 24 A 86; 39 A 176; OLG 5, 7). Hier können nur die Mitglieder in ihrer Vereinigung das Gläubigerrecht erwerben. Sie sind dann namentlich als Gläubiger einzutragen mit einem Zusatz nach § 48 GBO (RG JFG 3, 3). Die Eintragung der Hypothek für den „Verein X" oder für die „jeweiligen Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins X" ersetzt diese namentliche Eintragung der Mitglieder nicht und ist wegen Fehlens der grundbuchrechtlich zu erfordernden Bestimmtheit und Klarheit nichtig (RG 127, 309). Ebensowenig kann Gläubiger sein: eine Stiftung, die erst durch behördliche Genehmigung Rechtspersönlichkeit erlangen kann und der Genehmigung ermangelt (RG 88, 88; über ihre Eintragung als Nacherbin unten); eine Reederei (KGJ 40 A 89). Soll eine Hypothek Bestandteil eines solchen unselbständigen Zweck-

vermögens sein (§ 718), so ist sie für die Gesamtheit der Mitglieder unter Kennzeichnung des zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses (§ 48 GBO) einzutragen. Gleiches gilt von Vermögensmassen, die nur durch eine einheitliche Zweckbestimmung in sich zusammengeschlossen sind und deren Inhaber gewissen Verfügungsbeschränkungen unterliegt, z. B. von der Konkursmasse (OLG 5, 7; 15, 330), der Nachlaßmasse (RJA 2, 241), dem Fideikommiß (KGJ 14, 152). Nur für den Inhaber der Vermögensmasse (Gemeinschuldner, Erbe, Fideikommißbesitzer) kann eine Hypothek bestellt werden. Bei ihrer Eintragung ist ein die Verfügungsbeschränkung kennzeichnender Vermerk hinzuzufügen (OLG 7, 375; KGJ 36 A 227; s. jedoch oben und A 2 über die Rechtsbeständigkeit unrichtiger Eintragungen). Mehrere Personen können Gläubiger einer Hypothek sein, wenn sie hinsichtlich der Forderung Gesamtberechtigte (Gesamtgläubiger im Sinne des § 428) sind oder in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (z. B. eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) stehen (§ 1113 A 3). Zulässig ist auch die Bestellung einer Hypothek für mehrere Berechtigte in einer Bruchteilsgemeinschaft, z. B. für Eheleute zu gleichen Rechten und Anteilen (KGJ 31, 313; OLG 45, 295). Bei der Eintragung sind sie sämtlich mit Bestimmtheit zu bezeichnen (KGJ 29 A 182); nach der Ordnungsvorschrift des § 48 GBO, deren Verletzung aber die Eintragung nicht nichtig macht (KGJ 23 A 225), ist das Gemeinschaftsverhältnis zu vermerken (KGJ 46, 228; 50, 167). Sind im Falle der Erbengemeinschaft Testamentsvollstrecker ernannt, so ist auch dies nach der Ordnungsvorschrift des § 53 GBO zu vermerken, und zwar ohne Namennennung, da die Testamentsvollstrecker wechseln können (KGJ 36 A 189; 40, 193; 50, 168). Besteht ein solches Rechtsverhältnis nicht, so kann eine einheitliche Hypothek für mehrere Gläubiger nicht bestellt werden, da dann jedem Teilhaber für sich eine selbständige Forderung zusteht (RJA 4, 246; OLG 45, 239; KGJ 20 A 102; 26, 129; § 1113 A 3; a. M. RJA 6, 151). So ist z. B. die Bestellung einer einheitlichen Hypothek für mehrere Wechselindossanten oder für mehrere Bürgen zur Sicherung ihrer Rückgriffsansprüche nicht zulässig (§ 1113 A 3). Dagegen ist statthaft die Bestellung einer Hypothek mit auflösender Befristung für den einen und mit aufschiebender Befristung für den anderen Gläubiger (§ 1113 A 3). Für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks kann eine Hypothek nicht bestellt werden. Denn abgesehen von der Unbestimmtheit der Gläubigerbezeichnung wäre bei einer solchen Eintragung in Wirklichkeit das Grundstück der Berechtigte. Das Gesetz hat aber die Begründung eines hypothekarischen Rechts als eines subjektiv-dinglichen abweichend von der Regelung bei dem Vorkaufsrecht oder der Reallast (§§ 1094, 1105) nicht zugelassen (RJA 4, 257). Noch nicht Geborenen kann nach § 1 mangels ihrer Rechtsfähigkeit eine Hypothek in der Regel nicht zustehen. Aus den §§ 331 Abs 2, 2101, 2105, 2162, 2178 folgt aber, daß das Gesetz noch unerzeugten Nachkommen (Abkömmlingen, Deszendenz) einer bestimmten Person Rechtspersönlichkeit zwar nicht allgemein, aber doch insoweit beilegt, als es sich um Erwerb und Sicherung von Rechten handelt, die ihnen als Dritten in einem Vertrag oder als Nacherben oder Vermächtnisnehmern in einer letztwilligen Verfügung rechtsgültig zugewiesen worden sind (M 3, 641; RG 61, 356; 65, 280; KGJ 29 A 153). In den daraus sich ergebenden Grenzen, insbesondere zur Sicherung der zugewiesenen Rechte, kann auch eine Hypothek für die noch nicht erzeugte Nachkommenschaft eingetragen werden, namentlich wenn dies bei der Zuweisung bestimmt ist (RG 61, 356; 65, 281; KGJ 29 A 155; a. M. KGJ 20 A 243). Ferner kann eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Nachkommen auf Einräumung einer Hypothek für ein Vermächtnis eingetragen werden (RJA 3, 136). Auch wer schon erzeugt, aber noch nicht geboren ist (Leibesfrucht: § 1912), kann eine Hypothek nur durch Wahrnehmung solcher Rechte erlangen, für die ihm das Gesetz durch Sondervorschriften (§§ 844, 1592, 1717, 1918, 1923, 1963, 2043, 2141, 2178) ausnahmsweise (§ 1) Rechtspersönlichkeit gewährt (RJA 2, 117). Nach ähnlichen Grundsätzen (§§ 84, 1923 Abs 2, 2101 Abs 2, 2105 Abs 2, 2108) kann eine Stiftung, die als Nacherbin eingesetzt ist, bei einer Nachlaßhypothek als Nacherbe eingetragen werden, bevor sie genehmigt ist (KGJ 28 A 85; 42, 224). Vorausgesetzt ist in allen diesen Fällen, daß ein Organ vorhanden ist, das für die Berechtigten die Hypothek durch Einigung mit dem Besteller (§ 873) erwerben kann (KGJ 34 A 276; 42, 224). Ist ein Pfleger für die Nachkommenschaft bestellt, so kann durch ihn auch im Wege der Umsetzung des unmittelbar zugewiesenen anderen Vermögenswerts eine Hypothek für die Nachkommenschaft erworben werden (RG 65, 278; KGJ 29 A 156). — Bei der Eintragung der Hypothek hat der Grundbuchrichter nicht nachzuforschen, ob die in der Eintragungsbewilligung des Gläubigers angegebene natürliche oder juristische Person tatsächlich oder rechtlich existiert. Er hat sich dabei genügen zu lassen, daß der als Gläubiger Bezeichnete nach der Bezeichnung eine natürliche oder juristische Person ist. Beanstanden darf er die Eintragung nur dann, wenn die Unrichtigkeit der Bezeichnung gerichtskundig ist oder aus den Grundakten sich ergibt (RJA 3, 199; 10, 153; KGJ 24 A 83; 28 A 75; 36 A 226; OLG 5, 7; 8, 204; 18, 159; RG JFG 3, 4), oder wenn es sich ersichtlich um einen nicht Rechtsfähigen (z. B. einen Verstorbenen) handelt (OLG 23, 323).

4. Unter dem im Eintragungsvermerk anzugebenden **Geldbetrag der Forderung** ist das Kapital in einer zahlenmäßig bestimmten Summe zu verstehen, so daß sich der Umfang der Belastung ohne weiteres aus dem Grundbuch ergibt (RG 104, 355; 108, 148). Die Angabe von Merkmalen für die Höhe der Forderung, aus denen eine Summe berechnet werden kann (z. B.

daß die Hypothek für ein Darlehn in gewissen Pfandbriefen bestellt sei), genügt nicht (KGJ 36 A 231). Nach § 28 GBO sind in der Eintragungsbewilligung oder im Eintragungsantrag die einzutragenden Geldbeträge in Reichswährung anzugeben. Das Grundbuchamt hat daher, wenn dies nicht geschehen ist, die Eintragung abzulehnen (RG 106, 81). Eine unter Verletzung dieser Ordnungsvorschrift vom Grundbuchamt vorgenommene Eintragung des Geldbetrags in einer anderen Währung (z. B. einer ausländischen oder in einer nicht mehr bestehenden inländischen) macht aber die Hypothek nicht nichtig (M 3, 642). Die VO über die Eintragung von Hypotheken in ausländischer Währung v. 13. 2. 1920 gestattete, daß bis zum 31. 12. 1925 mit Einwilligung der Landeszentralbehörde bei der Eintragung einer Hypothek für eine in ausländischer Währung zu zahlende Forderung (sog. Valutahypothek) der Geldbetrag in ausländischer Währung angegeben sowie die Währung einer eingetragenen Hypothek in eine ausländische umgewandelt und eine Grundschuld in ausländischer Währung eingetragen werden konnte. Durch RGes v. 18. 12. 1925 wurde die Geltungsdauer dieser VO bis zum 31. 12. 1928, durch RGes. v. 17. 12. 1928 bis zum 31. 12. 1929 verlängert. Nach dem RGes. v. 12. 3. 1931 (RGBl I 31) dürfen nach dem 31. 12. 1929 neue Eintragungen in ausländischer Währung grundsätzlich nur noch vorgenommen werden, wenn sie der Ausführung eines vor diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Vertrags dienen; zugleich ist bestimmt, daß eingetragene Belastungen in ausländischer Währung nicht deshalb unwirksam sind, weil dem Währungsbetrag eine Goldwertklausel beigefügt ist. Im übrigen vgl. hierüber sowie über die sog. Goldklausel und die Kursgarantieklausel A 8. Bei der Eintragung einer wertbeständigen Hypothek (§ 1113 A 4) ist der Geldbetrag durch Art und Menge der Ware zu bezeichnen, deren Preis als Maßstab gewählt ist (RGes über wertbeständige Hypotheken v. 23. 6. 1923 § 3). — Fehlt die Angabe des Kapitalbetrags überhaupt, so ist die Eintragung ihrem Inhalt nach unzulässig und gemäß § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen. Der im Eintragungsvermerk angegebene Geldbetrag stellt, abgesehen von den Nebenleistungen, den Höchstbetrag der Belastung dar. Auch wenn etwa die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung eine Bestimmung enthielte, aus der eine Belastung mit einem höheren Kapitalbetrag zu folgern wäre (z. B. wenn bei einer Pfandbriefhypothek dort bestimmt ist, daß das Pfandbriefdarlehn in Pfandbriefen zurückzuzahlen sei, und diese nach ihrem Kurse eine höhere Anschaffungsaufwendung erfordern), kann Befriedigung aus dem Grundstück nur in Höhe des eingetragenen Kapitalbetrags verlangt werden (RG 20, 220; 38, 228; 108, 148; Gruch 36, 1094; KGJ 16, 133). — Nach § 14 HypBankG v. 13. 7. 1899 sind die hypothekarischen Darlehen der Hypothekenbanken in Geld zu gewähren. Jedoch ist auch die Darlehnsgewährung in Hypothekenpfandbriefen der Bank zum Nennwert zulässig, wenn die Satzung der Bank sie gestattet und der Schuldner ausdrücklich zustimmt. Dann muß aber dem Schuldner das Recht eingeräumt werden, die Rückzahlung der Hypothek nach seiner Wahl in Geld oder in Hypothekenpfandbriefen derselben Gattung nach dem Nennwert zu berichtigen. Letzterenfalls kann der Nennbetrag der gewährten Hypothekenpfandbriefe nach Maßgabe des Ges. über die Ausgabe wertbeständiger Schuldverschreibungen auf den Inhaber v. 23. 6. 1923 wertbeständig ausgedrückt werden. Die Eintragung eines solchen hypothekarisch zu sichernden Darlehns erfolgt mit der Zahlungsbestimmung, daß das Pfandbriefdarlehn nach Wahl des Schuldners (Wahlschuld im Sinne der §§ 262 ff.) in Geld oder in Pfandbriefen zurückzugewähren ist. Streitig ist, ob in Anbetracht des wechselnden Kurses der Pfandbriefe die Eintragung der Hypothek nach dem für das Liegenschaftsrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz auch dann noch zulässig ist, wenn dem § 14 zuwider die Verpflichtung zur Rückgewähr nur in Pfandbriefen festgesetzt ist. Entgegen der herrschenden Meinung wird dies in JFG 1, 456 sowie 1, 469 bejaht, weil die Zuwiderhandlung gegen § 14 die Vereinbarung nicht nichtig mache, sondern nur Anlaß zum Einschreiten der Aufsichtsbehörden geben könne und weil der Gläubiger nicht in der Lage sei, im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung wegen seiner auf Rückgewähr in Pfandbriefen gerichteten Forderung zu suchen. Dieser Begründung ist aber entgegenzuhalten: Nach § 1113 gehört zum Wesen der Hypothek, daß eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist und daß diese Geldsumme von vornherein so feststehen muß, daß aus ihr die Höhe der Belastung des Grundstücks für jedermann erkennbar ist. Deshalb ist die Eintragungsfähigkeit einer Hypothek mit dem vorbezeichneten Inhalt zu verneinen. Nur für landschaftliche und ritterschaftliche Kreditanstalten können die durch Art 167 EG aufrechterhaltenen Landesgesetze etwas anderes bestimmen. Auch das ist aber streitig. In JFG 2, 366 ist es verneint von dem (unter Einschränkung von KGJ 35 A 274; 53, 203 eingenommenen) Standpunkt aus, daß den genannten Anstalten eine Sonderrechtsentwicklung nur bei Beachtung der das reichsrechtliche Liegenschaftsrecht beherrschenden Grundsätze (hier des Bestimmtheitsgrundsatzes) gewährt ist. Dieser Standpunkt ist aber nicht zu billigen, weil er dem Art 167 eine ganz allgemeine und unbestimmte Einschränkung gibt, für die der Wortlaut des Vorbehalts für die Landesgesetzgebung keinen Anhalt bietet. Ist weder eine Wahlschuld noch eine ausschließliche Pfandbrieflieferungspflicht Gegenstand der hypothekarisch gesicherten Forderung, ist vielmehr nur eine Geldschuld zum Inhalt der Forderung gemacht und dem Schuldner daneben die Befugnis (facultas alternativa) eingeräumt, seine Schuld durch Pfandbriefe zu tilgen, so ändert die Erklärung des Schuldners, daß er von dieser Befugnis Gebrauch mache, den Gegenstand der Forderung nicht;

die Hypothek bleibt nach wie vor für eine Geldforderung bestehen (RG JW 1929 S. 750[21], 1390[23]). Ist aber auch dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt, die Rückzahlung der Geldschuld statt in bar in Pfandbriefen zu fordern, so braucht daran die Eintragungsfähigkeit und die Wirksamkeit der für die Geldschuld einzutragenden oder eingetragenen Hypothek nicht zu scheitern. Das Reichsgericht gelangt in RG 132, 9 zu diesem Ergebnis auf dem Wege über eine vertraglich vereinbarte und rechtlich zulässige (RG Warn 1923/24 Nr 63) facultas alternativa des Gläubigers. Das Kammergericht (JFG 9, 235) ist dem Ergebnis mit etwas anderer Begründung beigetreten, indem es das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner in zwei selbständig gestaltete, sich wechselseitig durch ihre Erfüllung auflösend bedingende Ansprüche zerlegt, nämlich eine durch die Hypothek gesicherte reine Geldforderung und einen durch die Hypothek nicht gesicherten, für sich durch das Verlangen des Gläubigers nach Pfandbrieflieferung aufschiebend bedingten Pfandbrieflieferungsanspruch. Die Begründung des Reichsgerichts hat den Vorzug größerer Einfachheit. Die Begründung des Kammergerichts mag juristisch schärfer sein. Das beiderseits gewonnene Ergebnis entspricht dem praktischen Verkehrsbedürfnis. Eine Barzahlungsklausel, die dem Schuldner die durch § 14 HypBankG eingeräumte Befugnis zur Rückzahlung in Pfandbriefen nimmt, ist im Grundbuch eintragbar (JW 1933, 1468[3]).

5. Die Aufnahme des **Zinssatzes** in den Eintragungsvermerk ist als wesentliches Erfordernis deshalb bestimmt, weil durch die Zinsen der Betrag der Forderung erhöht wird und diese höhere Belastung aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein soll (M 3, 642). Ist ein Zinssatz nicht angegeben, so kann wegen der rechtsgeschäftlichen (vorbedungenen) Zinsen Befriedigung aus dem Grundstück nicht verlangt werden (RG 113, 229). Das gilt selbst dann, wenn die Forderung als eine verzinsliche bezeichnet ist (OLG 1, 456). Auch der Anfangstag der Verzinsung muß zur Klarstellung des Umfangs der Belastung eingetragen werden (KGJ 46, 242; OLG 45, 202; a. M. ohne Begründung RG 62, 379; vgl. auch RG 136, 234 und unten A 8). Gesetzliche Zinsen, insbesondere Verzugszinsen (§§ 288ff., 1146), werden in das Grundbuch nicht eingetragen; für sie haftet das Grundstück nach § 1118 kraft der Hypothek. — Unter Zinssatz ist das Verhältnis der Zinsen zu der Kapitalsumme zu verstehen, das sich aus der Höhe des Zinses der in der Regel auf 100 angenommenen Kapitaleinheit ergibt (RJA 4, 238). Jedoch genügt auch die Angabe der Zinsvergütung in gewöhnlichen Bruchteilen des Kapitals oder in einer in bestimmten Zeitabschnitten zu entrichtenden Geldsumme, wenn daraus jenes Verhältnis durch einfache Berechnung bestimmt werden kann (RJA 4, 237; KGJ 33 A 258; 36 A 235; 50, 154). Immer aber muß der Umfang der Belastung durch die Zinsen aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein. Deshalb ist unzulässig die Eintragung des Zinssatzes in der Weise, daß als Zinssatz der jeweilige Bankdiskont oder der jeweilige Lombardzinssatz der Reichsbank angegeben wird (RJA 7, 135; 9, 61; OLG 45, 230; JW 1932, 114[2]). Unzulässig ist auch die Eintragung der Zinsklausel „verzinslich bis höchstens 10% jährlich", ohne daß wenigstens die im Eintragungsvermerk in Bezug genommene Eintragungsbewilligung eine Angabe des regelmäßigen Zinsfußes oder eines bestimmten Mindestzinssatzes enthält (JFG 9, 252; JW 1932 S. 177[1], 2455[9]). Wohl aber ist zulässig die Eintragung eines Höchstzinssatzes mit der Bestimmung, daß, wenn ein bestimmter Prozentzinssatz über Reichsbankdiskont geringer sei, nur dieser geringere Zinssatz zu leisten sei (JW 1926, 833[2]). Die Höhe der Zinsen kann ebenso wie das ganze hypothekarische Recht von einer Bedingung abhängig gemacht werden (RJA 1, 79; 7 S. 158, 264; KGJ 36 A 235). Ist z. B. bestimmt, daß im Falle nicht pünktlicher Zinszahlung eine Erhöhung des Zinssatzes eintreten soll, so genügt die Eintragung des Mindest- und des Höchstzinssatzes (z. B.: „4%, unter Umständen 5%") oder auch des Höchstzinssatzes allein (z. B.: „bis zu 6%"). Wegen der Voraussetzungen, unter denen der eine oder der andere Zinssatz gelten soll, kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Denn auch bei dieser Angabe ergibt sich aus dem Grundbuch in Verbindung mit der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung sowohl der Mindestzinssatz als auch der Höchstbetrag der Belastung (RJA 3, 52; 4, 42; 7, 154; KGJ 36 A 233; OLG 30, 413). Wird in einem solchen Falle später nur der Mindestsatz erhöht, so genügt ebenfalls die Eintragung der Änderung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (OLG 30, 412). Zinseszinsen sind, soweit ihre Vereinbarung zulässig ist (für die im § 248 Abs 2 genannten Kreditanstalten), nicht als Zinsen der Forderung, sondern als „andere Nebenleistungen" im Sinne der Abs 1, 2 anzusehen (A 6). Die Bestellung einer Verkehrs- oder gewöhnlichen Sicherungshypothek nur für die laufenden Zinsen einer Forderung ist unzulässig, da die Hypothek, wie sich aus §§ 1113, 1115 ergibt, eine Kapitalforderung voraussetzt und eine bestimmte Geldsumme aus der Eintragung ersichtlich sein muß (RJA 4, 38; KGJ 26 A 290; 50, 155). Es könnte aber eine Höchstbetragshypothek für die Zinsen sowie eine Hypothek für kapitalisierte Zinsrückstände eingetragen werden (RJA 4, 38). — Ist ein höherer Zinssatz eingetragen, als vereinbart war, so kann der Eigentümer gemäß § 894 Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des überschießenden Satzes verlangen (RG JW 1899, 200[63]). Besondere, auf Grund des Vorbehalts in Art 167 EG in Geltung befindliche Vorschriften über die Eintragung der Verzinslichkeit der Darlehnshypotheken für landschaftliche Kreditanstalten erörtert KGJ 35 A 274. Ist die Eintragung einer Hypothek für eine verzinsliche Forderung beantragt, ohne daß der Zinssatz angegeben ist, so ist die Hypothek in dieser Art überhaupt

nicht eintragbar. Die Voraussetzungen für eine Vormerkung aus § 18 Abs 2 GBO fehlen. Deshalb ist auch eine Fristbestimmung zur Ergänzung des Antrags gemäß § 18 Abs 1 GBO nicht zulässig; der Antrag ist vielmehr zurückzuweisen (RJA 12, 67). Bei Höchstbetragshypotheken findet die Bestimmung über die Angabe des Zinssatzes im Eintragungsvermerk keine Anwendung, weil es nach § 1190 Abs 1 zu ihrem Wesen gehört, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen aber die Feststellung der Forderung vorbehalten wird und nach § 1190 Abs 2 die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden (RG 90, 152). Wegen der Eingriffe der Notverordnungs-Gesetzgebung in die eingetragenen Zinssätze ist auf Vorbem 8 vor § 1113 zu verweisen.

6. Andere Nebenleistungen, deren **Geldbetrag** im Eintragungsvermerk angegeben werden muß, sind solche Forderungen, die nicht die Eigenschaft selbständiger Kapitalforderungen haben, sondern neben der Hauptforderung zu entrichten und zwar von ihr abhängig, aber nicht Zinsen sind (RJA 7, 156). Daher sind die in Gestalt von Zuschlägen zu den Zinsen zum Zweck allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge (Amortisationsbeiträge) keine Nebenleistungen. Denn die Zuschläge sind nicht neben dem Kapital, sondern als Kapitalteile zu entrichten; durch sie wird der Umfang der Belastung nicht erweitert, sondern ihre Entrichtung führt allmählich zur Tilgung des Kapitals. Da sonach ihre Festsetzung eine Zahlungsbedingung ist, bedürfen sie nicht der Aufnahme in den Eintragungsvermerk, sondern können durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Eintragung gebracht werden (RG 54, 88; 89, 131; 91, 299; 104, 72; JW 1911, 277[5]; SeuffA 58 Nr 170; RJA 3, 137; 11, 248; KGJ 33 A 247; 53, 181). Ferner handelt es sich nicht um Nebenleistungen bei Vertragsstrafen, welche die Erfüllung einer vom Eigentümer im Interesse der Sicherung der Hypothek übernommenen persönlichen Verpflichtung (z. B. zur Versicherung der Gebäude) bezwecken. Denn diese Vertragsstrafen sind nicht von der Hypothek als Hauptforderung abhängig, sondern nach ihrem Verfall selbständige Forderungen. Sie können nur durch eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) sichergestellt werden (KGJ 29 A 247; RJA 7, 154; OLG 42, 168). Dagegen sind Nebenleistungen z. B.: Zinseszinsen (A 5 und unten; RJA 1, 81; KGJ 22 A 167; OLG 20, 408; 42, 168); Provisionen, die bei jeder Veräußerung des Grundstücks an den Gläubiger zu zahlen sind (OLG 42, 168); Vertragsstrafen für unpünktliche Kapital- oder Zinszahlung (KGJ 32 A 252; 36 A 233; 49, 213; RJA 7, 156; OLG 12, 284; 20, 408); vereinbarte Mahngebühren (JFG 9, 255); eine in Prozenten des Kapitals festgesetzte Entschädigung für den Fall vorzeitiger Rückzahlung (RG Gruch 57, 154; RJA 1, 119; 7, 258; KGJ 36 A 233; 49, 216; OLG 8, 204); andere Kosten als solche, für die nach § 1118 das Grundstück kraft der Hypothek haftet (Kosten der Kündigung und Beitreibung) und die daher der Eintragung nicht bedürfen, z. B. Eintragungskosten, Beiträge zu den Verwaltungskosten (RJA 1, 81; 7, 259; OLG 4, 160; 42, 168; JFG 1, 465); Jahreszahlungen, die zwecks Bildung eines nicht eingetragenen Kursausgleichungszuschusses als Nebenleistungen eines Pfandbriefdarlehns vereinbart sind (KGJ 33 A 244; vgl. auch RG 79, 127); Vergütungen für Unkosten an Talonsteuer und Couponbogenerneuerung, die alle 10 Jahre bis zur Tilgung des Kapitals entstehen (OLG 34, 206); Haftungszuschläge aus dem OsthilfeGes v. 29. 6. 1931 (HRR 1932 Nr 1838). Die Höhe solcher Nebenleistungen muß, sofern nicht ein Ausnahmefall nach Abs 2 (Hypothek für eine Kreditanstalt) vorliegt, in den Eintragungsvermerk regelmäßig in einer bestimmten Geldsumme aufgenommen werden (RJA 1, 81; vgl. auch RG 79, 127). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nicht (OLG 4, 71; 8, 206; JFG 1, 464). Ist die Aufnahme unterblieben oder auch nur die Angabe einer bestimmten Geldsumme unterlassen, so haftet das Grundstück für die in der Eintragungsbewilligung festgesetzten Nebenleistungen nicht, selbst wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist (RG 79, 127; KGJ 49, 213). Indessen genügt es, wenn die Höhe der Nebenleistungen derartig beschrieben wird, daß jeder, der das Grundbuch einsieht, sofort aus dem Grundbuchinhalt allein die Berechnung auf einen Geldbetrag vornehmen kann, z. B. in Prozenten des Kapitals nebst Angabe der Dauer der Leistung (RJA 1, 119; 3, 52; 7, 157; 7, 264; KGJ 42, 259; 49, 213; 49, 216; OLG 8, 206). Auch genügt die Angabe eines Höchstbetrags; der Eintragung einer besonderen Sicherungshypothek (§ 1190) bedarf es in diesem Falle nicht (RJA 7, 157; 7, 263; OLG 8, 206). Zinseszinsen insbesondere, die sich eine (nicht unter Abs 2 fallende) Kreditanstalt gemäß § 248 Abs 2 gültig hat versprechen lassen, sind eintragungsfähig, wenn durch Angabe des Prozentsatzes und der Dauer der Leistungen der Umfang der Belastung erkennbar ist (JFG 1, 464). Dies gilt auch für Zinseszinsen bei wertbeständigen Hypotheken (§ 1113 A 4), obwohl hier der Kapitalbetrag, nach dem die Zinsen und Zinseszinsen zu berechnen sind, schwankend ist. Das folgt aus dem Sinn des Ges. v. 23. 6. 1923, dem eine solche Unbestimmtheit des Kapitals zugrundeliegt (JFG 1, 461). Nach der Ordnungsvorschrift des § 28 Satz 2 GBO sind auch die Geldbeträge der Nebenleistungen regelmäßig in Reichswährung anzugeben (A 4). Der Geldbetrag der Nebenleistungen ist bei der Eintragung nicht in die für den Betrag der Hauptforderung bestimmte Spalte (in Preußen Spalte 3 der Abt. III) des Grundbuchblatts einzusetzen, da eine solche Eintragung mit Rücksicht auf das Fortlaufen der Nebenleistungen Zweifel über den Umfang der Hypothek ergeben könnte (KGJ 43, 230). — Durch die hypothekarische Eintragung eines landschaftlichen Pfandbriefdarlehns wird für sich allein nicht die Haftung des Grundstücks für ein von der Landschaft zur

Ausgleichung der Kursdifferenz bewilligtes Zuschußdarlehn begründet, da dieses nicht ein Teil des Pfandbriefdarlehns, sondern ein zweites selbständiges Darlehn ist. Vielmehr kann ein solches Zuschußkapital nebst Zinsen nur durch Eintragung an besonderer Stelle im Grundbuch hypothekarisch gesichert werden (**RG** 20, 224; 79, 126; KGJ 33 A 247). Über den sog. Quittungsgroschen bei landschaftlichen Pfandbriefhypotheken: JW 1932, 3188[1]. — Nach §§ 877, 873 kann der Inhalt der Hypothek dadurch geändert werden, daß durch nachträgliche Festsetzung von Nebenleistungen das Hypothekenrecht erweitert wird. Über die Art der Eintragung einer solchen Rechtsänderung vgl. RJA 7, 258. Bei einer Zwangshypothek und einer Arresthypothek haftet das Grundstück gemäß §§ 867, 932 ZPO kraft der Hypothek für die Eintragungskosten. Ihre Eintragung ist daher nicht erforderlich und deshalb auch vom Grundbuchamt abzulehnen (RJA 2, 246; KGJ 35 A 325). Wegen der Eintragung der Kosten einer früheren fruchtlosen Zwangsvollstreckung vgl. RJA 6, 57.

7. Der Grundsatz, daß **im übrigen,** d. h. abgesehen vom Gläubiger (A 3), Geldbetrag der Forderung (A 4, 8), Zinssatz (A 5) und Geldbetrag anderer Nebenleistungen (A 6), die Eintragung durch Bezugnahme bewirkt werden kann, gilt nur für die Forderung. Für die Frage, inwieweit Bestandteile des dinglichen Rechts durch Bezugnahme eingetragen werden können, kommt § 874 zur Anwendung (RJA 12, 247; A 1). Ferner sind nach besonderen Vorschriften in den Eintragungsvermerk selbst aufzunehmen: die Ausschließung der Erteilung eines Hypothekenbriefs (§ 1116 Abs 2); die Bezeichnung der Sicherungshypothek als solcher (§ 1184 Abs 2; Ausnahmen: § 1187 Satz 2, § 1190 Abs 3); die Bestellung eines Vertreters nach Maßgabe des § 1189 (auch §§ 1192, 1195); die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung aus einer Urkunde in Ansehung einer Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) nach § 800 ZPO (RJA 3, 95; 3, 133; OLG 7, 354; KGJ 45, 261). Da aber die Unterwerfungsklausel ein Nebenrecht der Hypothek ist, auf das ebenso wie auf die Hypothek selbst § 874 Anwendung findet, so genügt es, wenn die Unterwerfungsklausel im allgemeinen eingetragen und zur nähreren Bezeichnung des Inhalts und des Gegenstandes der Unterwerfung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (RJA 4, 270). Wird nach der Eintragung der Unterwerfungsklausel die Leistungspflicht des Schuldners, sei es auch nur hinsichtlich der Fälligkeitsbestimmungen, durch eine vollstreckbare Urkunde geändert, so bedarf es der wiederholten Eintragung der Klausel, wenn sie sich auf die geänderten Bestimmungen erstrecken soll (KGJ 45, 260; 52, 190 gegen KGJ 42, 261). Die Fassung der Klausel bei der Eintragung erörtern OLG 6, 476; 7, 354; KGJ 32 A 236. Die Urkunde muß gemäß § 794 Nr 5 ZPO über einen Anspruch errichtet sein, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme usw. zum Gegenstande hat. Daher ist bei der Höchstbetragshypothek (§ 1190) wegen der Unbestimmtheit der geschuldeten Summe die Unterwerfung unzulässig (RJA 2, 202; KGJ 28 A 149; OLG 3, 295; 8, 149; 13, 196). Vom Grundbuchamt zu beachtende Ordnungsvorschriften enthalten auch die §§ 48, 49 GBO (Eintragung für mehrere Berechtigte oder auf mehrere Grundstücke). Überhaupt nicht eintragungsfähig, weil lediglich persönliche Verpflichtungen oder nicht zulässige Bestandteile einer Hypothek betreffend, sind Bestimmungen, wonach: der Gläubiger gegen Zahlung die Hypothek an einen zu benennenden Dritten abtreten soll (RJA 1, 165); der Eigentümer fortgesetzt die Feuerversicherung der Gebäude nachzuweisen hat (KGJ 29 A 247); einem anderen als dem Gläubiger die Verwaltung der Hypothek zustehen soll (OLG 8, 132). Über die Folgen, welche eintreten, wenn bei der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung die Grenzen ihrer Zulässigkeit überschritten sind, ist das Erforderliche in A 2 und § 874 A 2 gesagt.

8. Daraus, daß im übrigen **zur Bezeichnung der Forderung** die Bezugnahme genügen soll, ergibt sich zunächst eine Bestätigung der Ansicht (A 1), daß bei der Eintragung der Hypothek die gesicherte Forderung als wesentlicher Bestandteil der Hypothek überhaupt zu bezeichnen ist (**RG** JW 1908, 86[23]; RJA 12, 247). Dazu aber ist erforderlich, daß der Grund der Forderung (z. B. Darlehn, Kaufpreis, Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen, unerlaubte Handlung) entweder durch Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, die den Grund der gesicherten Forderung enthalten muß (§ 1113 A 5; KGJ 21 A 139; 22 A 308; 26 A 278; RJA 3, 135; 12, 247; OLG 3, 359; 14, 126), zur Eintragung gebracht wird. Denn nur durch Angabe des Grundes kann die gesicherte Forderung bestimmt und von anderen Forderungen unterscheidbar bezeichnet werden (**RG** JW 1908, 86[23]; KGJ 22 A 139; 26 A 278). Freilich sagt das Urteil **RG** Warn 1914 Nr 252: Daß der Schuldner und der Schuldgrund zur Kennzeichnung der Forderung im Eintragungsvermerk oder in der Eintragungsbewilligung anzugeben seien, bilde nur die Regel, nicht eine unverbrüchliche Norm, die keine Ausnahme dulde; es lasse sich sehr wohl denken, daß eine Forderung auch ohne Angabe des Schuldgrundes in anderer Weise, z. B. durch bestimmte Zeitangaben oder Tatsachen, genau bezeichnet werde. Hierzu ist indessen zu bemerken: Wenn eine solche Bezeichnung vorliegen sollte, so würde sich daraus ohne weiteres auch der Schuldgrund der Forderung ergeben. Hiernach genügt jedenfalls z. B. nicht, wenn im Eintragungsvermerk oder in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nur angegeben wird „1000 M. Forderung". Eine falsche Bezeichnung des Schuldgrundes aber hat nicht die Unwirksamkeit der Hypothek zur Folge. Denn für den Bestand des dinglichen Rechts ist nur die Angabe eines Schuldgrundes überhaupt von Wesentlichkeit (**RG** 45, 179; Gruch 31, 1048; 34, 963; Warn 1914 Nr 252; JW 1898,

36[91]; 1902, 421[14]; KGJ 25 A 150; 26 A 278; OLG 14, 126). — Ferner gehören zur Bezeichnung der Forderung gewisse Merkmale, die als deren Bestandteile oder Nebenrechte anzusprechen sind. Auch diese Merkmale bedürfen daher, da sie für den Umfang der Belastung oder den Inhalt von Wesentlichkeit sind, der Eintragung, die aber durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bewirkt werden kann. Ein solches Merkmal ist zunächst der *Anfangspunkt der Verzinsung* (A 5). Er kann jedoch in anderer Weise als durch Benennung eines bestimmten Kalendertags bezeichnet werden (z. B. durch den Hinweis auf eine bestimmte, in der Vergangenheit liegende Tatsache oder ein künftiges, wenn auch der Zeit nach ungewisses Ereignis, wie den Tod einer bestimmten Person), sofern daraus der Zinsbeginn zweifelsfrei feststellbar ist (RJA 8, 231; KGJ 24 A 128; 46, 242; OLG 14, 95; vgl. aber OLG 15, 376 sowie die beiläufige Bemerkung in **RG** 62, 379, daß die Angabe des Anfangspunkts der Verzinsung nach § 1115 nicht wesentliche Voraussetzung der Hypothekeintragung sei). In **RG** 136, 232 wird die Eintragung einer verzinslichen Grundschuld ohne besondere Angabe des Zeitpunkts des Verzinsungsbeginns dahin *ausgelegt*, daß die Zinsen seit dem Eintragungstage laufen. Ebenso zu behandelnde Merkmale sind ferner: die *Zinszahlungstermine*, sofern bei ihnen Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen des BGB (z. B. bei Darlehnszinsen von § 608) vereinbart sind (KGJ 24 A 127; SeuffA 57 Nr 77; OLG 4, 198; 7, 195; 15, 376); die *Zahlungsbedingungen* bezüglich Zeit, Ort und Art der Zahlung des Kapitals, wenn die Beteiligten von den für das Schuldverhältnis geltenden gesetzlichen Bestimmungen (z. B. §§ 267—271, 609, 1418 ff.) Abweichendes festgesetzt haben (**RG** 50, 150; 57, 350; OLG 2, 9; 4, 315; 15, 385). Sind die vereinbarten Zinszahlungstermine oder Zahlungsbedingungen nicht eingetragen (in das Grundbuch selbst oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung), so sind gegenüber gutgläubigen Erwerbern (§§ 1138, 892) lediglich die gesetzlichen Bestimmungen in dieser Hinsicht maßgebend (OLG 15, 376). Zu den in Anbetracht der Vertragsfreiheit zulässig vereinbarten Zahlungsbedingungen *hinsichtlich der Zahlungszeit* gehören z. B. Abreden über: sofortige Fälligkeit der Forderung oder ein Kündigungsrecht des Gläubigers, wenn der Eigentümer die Versicherung seiner Gebäude gegen Feuersgefahr unterläßt oder seinen Bedarf an Bier von einer anderen Brauerei als der des Gläubigers bezieht (OLG 3, 232; 18, 159; 23, 321; vgl. jedoch KGJ 29 A 247) oder das Grundstück veräußert (OLG 3, 232; 4, 485) oder in Vermögensverfall gerät (KGJ 34 A 320); Fälligkeit bei unpünktlicher Zinszahlung auf Verlangen des Gläubigers (**RG** JW 1908 S. 234[5], 550[11]; OLG 15, 376); anderseits Unkündbarkeit der Hypothek seitens des Gläubigers im Falle pünktlicher Zinszahlung (KGJ 34 A 323). Jedoch ergibt sich aus dem — vorübergehend vom 16. 3. 1923 bis 31. 12. 1931 außer Kraft gesetzten (RGes v. 3. 3. 1923; NotVO v. 8. 12. 1931 Teil I Kap. III Abschn. 1 §§ 8, 12) — § 247 eine Schranke für Vereinbarungen über die Zahlungszeit. Die Bestimmung, daß die vereinbarte vierteljährliche Kündigung bei pünktlicher Zinszahlung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgeschlossen sein soll, verstößt für sich allein aber noch nicht gegen § 247 Abs 1 Satz 2 (JW 1933, 1333[3]). Weitere Beschränkungen in dieser Beziehung enthalten die §§ 17 Abs 3, 18—21, 49 des HypBankG v. 13. 7. 1899 für die hypothekarischen Darlehen der Hypothekenbanken. Ähnliche Beschränkungen können schließlich landesrechtlich auf Grund des Vorbehalts in Art 117 Abs 2 EG (Untersagung der Belastung mit einer unkündbaren Hypothek oder der Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers) verordnet sein. Stehen einer Vereinbarung derartige beschränkende Bestimmungen entgegen, so kann eine Hypothek mit diesem Inhalt nicht eingetragen werden (OLG 4, 315; KGJ 34 A 322). Wird abgesehen hiervon die eingetragene Zahlungszeit geändert, so bedarf die Änderung zur Wirksamkeit gegenüber jedem späteren Erwerber (§§ 1138, 892) der Eintragung, zu der aber nach § 1119 Abs 2 die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich ist (KGJ 34 B 22). Zulässig und eintragungsfähig ist, als die Art der *Kündigung* und damit eine Zahlungsbedingung betreffend, eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer auf das Recht aus § 1160 Abs 2, eine *ohne Vorlegung des Hypothekenbriefs* usw. erklärte Kündigung als unwirksam zurückzuweisen, Verzicht leistet (**RG** 57, 342; RJA 1, 34). Von den Vereinbarungen über die *Art der Zahlung* kommt ferner namentlich die Abrede der Zahlung in Gold (sog. **Goldklausel**) in Betracht. Eine solche Vereinbarung ist *rechtswirksam und eintragungsfähig*, falls sie die Bedeutung hat, daß die Zahlung in Goldmünzen deutscher Reichswährung erfolgen soll (*Goldmünzklausel*). Daran ändert sich auch dann nichts, wenn nach dem im Deutschen Reiche jeweilig geltenden Münzrecht neben dem Goldgeld auch Silbergeld oder Papiergeld als währungsmäßiges Zahlungsmittel festgesetzt wird (RJA 15, 157). Die Goldmünzklausel bleibt auch dann in Kraft, wenn zur Zeit der Zahlung kraft Gesetzesänderung andere Goldmünzen als die zur Zeit der Eintragung ausgeprägt werden. Denn einerseits bleibt der Geldbetrag der Forderung ein bestimmter, gleichviel ob die Zahlung in der einen oder der anderen Art von Reichsgoldmünzen zu bewirken ist; anderseits ist nach § 245, wenn eine Geldschuld in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen ist, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlauf befindet, die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre (str.; **RG** 50, 148; 104, 354; 108, 180; RJA 1, 71; 3, 197; JFG 1, 451). Durch § 1 BRVO v. 28. 9. 1914 wurden zwar die vor dem 31. 7. 1914 getroffenen Vereinbarungen, nach denen die Zahlung in Gold zu erfolgen hatte, bis auf weiteres für nicht verbindlich erklärt (**RG** 101, 141; 104, 352). Für spätere Ein-

tragungen wurde aber eine gleiche gesetzliche Anordnung nicht getroffen (RJA 15, 157; KGJ 48, 219). Deshalb sowie mit Rücksicht auf § 245 ist, obwohl gegenwärtig Reichsgoldmünzen völlig aus dem deutschen Verkehr verschwunden sind, die Eintragung einer Goldmünzklausel zulässig geblieben (**RG** 108, 179; KGJ 48, 219; OLG 42, 164; JFG 1, 449; a. M. OLG 43, 13; JW 1923, 126; JFG 1, 445). Dagegen ist bei einer Verkehrshypothek unzulässig die Eintragung einer Vereinbarung, wonach auch dann, wenn Goldmünzen nicht mehr Reichswährungsgeld sein sollten, mit Reichsgoldmünzen oder mit Goldmünzen von gleichem Feingehalt zu zahlen sei (Goldwert- oder Kursgarantieklausel). Denn damit würde der Geldbetrag der Forderung mit Rücksicht auf den wechselnden Kurs des von dem Schuldner anzuschaffenden Geldes ein unbestimmter sein (**RG** 50, 149; 101, 145; 104, 354; 108, 147; Warn 1924 Nr 143; Gruch 68, 305; KGJ 21 A 322; RJA 3, 197; JFG 1, 446). Ob im Einzelfalle eine Goldmünzklausel oder eine Goldwertklausel als vereinbart anzusehen ist, ist Sache der Auslegung. Die in gefestigter Rechtsprechung entwickelten Auslegungsgrundsätze sind zusammengestellt in **RG** 136, 169. Liegt eine Goldwertklausel vor, so kann die Vereinbarung nur durch eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) gesichert werden (KGJ 21 A 324). Dasselbe gilt von einer Zahlungsbedingung dahin, daß eine Summe in ausländischer Währung (z. B. Schweizer Franken) oder in soviel Mark gezahlt werden soll, als am Fälligkeitstage zur Anschaffung jener Summe in ausländischer Währung benötigt werden. Denn auch hier ist der Geldbetrag in Reichswährung, für den das Grundstück haften soll, unbestimmt (OLG 42, 167). Zulässig ist aber die Eintragung einer Sicherungshypothek für eine Forderung in ausländischer Währung, die nach dem Kurse am Tage der Zahlung in Reichswährung gezahlt werden kann (§ 244), zu dem Höchstbetrage an Mark, der sich aus dem Kurse zur Zeit (nicht der Fälligkeit der Forderung, auch nicht der Zahlung, sondern) der Stellung des Eintragungsantrags ergibt. Einer solchen Eintragung steht § 28 Satz 2 GBO, wonach einzutragende Geldbeträge in Reichswährung anzugeben sind, nicht entgegen. Denn diese Bestimmung betrifft lediglich den Betrag der Belastung des Grundstücks, nicht auch den Betrag der zu sichernden Forderung (**RG** 106, 74; a. M. OLG 42, 163, wo eine besondere Vereinbarung über die Umrechnung der Forderung in inländische Währung nach dem Kurse in einem Zeitpunkt, der mit der Eintragung zusammenfällt oder vorher liegt, erfordert wird). Soweit die Goldklausel eintragungsfähig ist, kann sie durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Eintragung gebracht werden. Denn (als Goldmünzklausel) betrifft sie nur die Art der Zahlung, ist also eine Zahlungsbedingung und läßt bei ihrer Eintragung den in Reichsmark angegebenen Geldbetrag der Forderung unberührt (**RG** 50, 150; 108, 148; a. M. RJA 1, 72). Die Ansprüche schweizerischer Hypothekengläubiger gegen deutsche Hypothekenschuldner aus der Vorkriegszeit haben eine Sonderregelung erfahren durch das Hauptabkommen zwischen dem Deutschen Reich und der schweizerischen Eidgenossenschaft betr. schweizerische Goldhypotheken in Deutschland usw. v. 6. 12. 1920 und durch das Zusatzabkommen dazu v. 25. 3. 1923. Die Rechtsgültigkeit dieser Regelung und die rechtliche Behandlung der schweizerischen Goldhypotheken und Frankengrundschulden sind behandelt in **RG** 104, 352; 122, 167; 130, 220; 140, 353; JW 1925, 1755[12]; 1930, 2949[17]; 1931, 3278[14]; 1932, 243[6]. Über die Eintragung wertbeständiger Hypotheken: A 4 und § 1113 A 4.

9. Die **Eintragungsbewilligung,** auf die **Bezug genommen werden kann,** ist näher behandelt in § 874 A 5. Ob die Bezeichnung der Forderung mit den Merkmalen, deren Aufnahme in den Eintragungsvermerk in Abs 1 Halbs 1 nicht erfordert ist, durch eine Einschreibung in das Grundbuch selbst oder durch Bezugnahme eingetragen werden soll, steht im Ermessen des Grundbuchamts (§ 874 A 2). Die Folgen, wenn bei der Bezugnahme die Grenzen ihrer Zulässigkeit überschritten sind, sind erörtert in A 2 und § 874 A 2. Im Falle des Erfordernisses mehrerer Eintragungsbewilligungen (z. B. wenn durch die eine die andere ergänzt werden soll) hat sich die Bezugnahme auf diese sämtlich zu erstrecken (OLG 41, 174). Die Eintragungsbewilligung für eine sog. Beihilfehypothek muß die einzelnen Hypothekenbedingungen angeben; es genügt zur Bezeichnung des Inhalts des Beihilfedarlehns nicht, wenn in ihr nur auf die Bestimmungen des Reichsrats v. 10. 1. 1920 verwiesen ist (KGJ 53, 206). Zur Fassung des Bezugnahmevermerks vgl. JFG 8, 232.

10. Abs 2 enthält eine Ausnahme von Abs 1 Halbs 1 für **Nebenleistungen** der Forderung, die außer den Zinsen zu entrichten sind. Die danach statt der Aufnahme eines Geldbetrags der Nebenleistungen in den Eintragungsvermerk zulässige Bezugnahme hat zur Voraussetzung: a) die Hypothek muß für ein **Darlehn,** sie darf nicht für eine andere Forderung bestellt sein; b) eine **Kreditanstalt,** d. h. ein auf den Großbetrieb gerichtetes, den Abschluß von Kreditgeschäften bezweckendes Unternehmen (ritterschaftliche, landschaftliche oder eine andere Kreditanstalt: Art 167 EG; RJA 1, 206; 11, 71; KGJ 47, 203), muß Gläubigerin der Darlehnsforderung sein; c) die **Satzung** der Kreditanstalt muß **von der zuständigen Behörde öffentlich bekanntgemacht** worden sein. Welche Behörde zuständig ist und wie die Veröffentlichung zu erfolgen hat, bestimmt sich nach Landesrecht. Der Grund für das Erfordernis der Bekanntmachung ist, daß auch Dritte über den Umfang der Haftung wegen der Nebenleistungen Gewißheit sollen erlangen können (Prot 3, 545 f.). Deshalb genügt es, wenn die Satzung nur insoweit bekanntgemacht ist, als sie die einzu-

tragenden Nebenleistungen betrifft (RJA 1, 207; KGJ 40 A 262; OLG 39, 248). d) Die Nebenleistungen müssen **außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichten** sein. Der Zinssatz ist stets in den Eintragungsvermerk selbst aufzunehmen. Wegen derjenigen anderen Nebenleistungen, die nicht in der Satzung, sondern nur in der Eintragungsbewilligung festgesetzt sind, ist eine Bezugnahme ebenfalls nicht statthaft (KGJ 22 A 169; 33 A 250). Satzungsgemäß zu entrichtende Nebenleistungen sind z. B. Zinsen für rückständig gebliebene, satzungsgemäß von der Kreditanstalt vorgeschossene Hypothekenzinsen, dagegen nicht eine Talonsteuer, Zinsen für rückständig gebliebene, von der Kreditanstalt satzungsgemäß vorgeschossene Lebensversicherungsbeiträge, wenn der Darlehnsnehmer nach der Satzung zum Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags nicht verpflichtet ist (KGJ 47, 202). — Treffen die genannten vier Voraussetzungen zusammen, so kann die Eintragung solcher Nebenleistungen (z. B. Entschädigung für unpünktliche Zinszahlung, Beiträge zu den Verwaltungskosten: A 6) durch **Bezugnahme auf die Satzung** bewirkt werden. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht (RJA 1, 208; a. M. Prot 3, 546). Anderseits ersetzt die Bezugnahme auf die Satzung nicht die Bezugnahme auf die Bewilligung für die übrigen Merkmale der Forderung nach Abs 1 Halbs 2. Die Eintragungsbewilligung, auf die nach Abs 1 Halbs 2 bei der Eintragung Bezug genommen werden kann, darf aber ihrerseits zur Ergänzung des darin Erklärten auf die Satzung Bezug nehmen, ohne daß diese als Protokollanlage im Sinne des § 176 Abs 2 FGG behandelt zu sein braucht (KGJ 47, 206). Daß bei dem Vermerk der Bezugnahme der Zusatz gemacht wird, die Bezugnahme erfolge „wegen der Nebenleistungen", ist nach dem Wortlaut des Abs 2 („genügt die Bezugnahme auf die Satzung") nicht notwendig, aber zulässig, da Abs 2 nur den Mindestumfang der Eintragung bestimmt (RJA 11, 71). Der Eintragung in das Grundbuch fähig ist auch die sog. Generalgarantie, d. h. die Haftung aller dem landschaftlichen Kreditverband angehörigen Güter für etwaige Ausfälle des Pfandbriefgläubigers. In Preußen erfolgt die Eintragung aber nicht bei der Pfandbriefhypothek in Abteilung III, sondern in Abteilung II, da es sich um ein nicht hypothekarisches, das Grundstück belastendes Recht im Sinne des § 11 Nr 1 Pr. AllgVf v. 20. 11. 1899 handelt (KGJ 53, 203). — Über die hypothekarischen Darlehen der Hypothekenbanken und ihre Eintragung: A 4.

§ 1116

Über die Hypothek wird ein Hypothekenbrief [1]) erteilt [2]).

Die Erteilung des Briefes kann ausgeschlossen werden. Die Ausschließung kann auch nachträglich erfolgen. Zu der Ausschließung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers [3]) sowie die Eintragung [4]) in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 873 Abs 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung [5]).

Die Ausschließung der Erteilung des Briefes kann aufgehoben werden; die Aufhebung erfolgt in gleicher Weise wie die Ausschließung [6]).

E I 1106—1108 II 1025; M 3 612ff., 742ff.; P 3 508, 510ff., 638ff.; 6 205ff.

1. Der **Hypothekenbrief**, der von dem Grundbuchamt erteilt wird, soll eine öffentliche Auskunft über das Bestehen der Hypothek und über alle ihrer Sicherheit dienenden Umstände geben, so daß er für den Verkehr das Einsehen des Grundbuchs entbehrlich macht (RG 77, 425). Er muß nach der zwingenden Vorschrift des § 56 GBO die Bezeichnung als Hypothekenbrief enthalten, den Geldbetrag der Hypothek und das belastete Grundstück bezeichnen und mit Unterschrift und Siegel versehen sein. Fehlen diese Erfordernisse, so hat die Urkunde nicht die Eigenschaft eines Hypothekenbriefs. Weitere Vorschriften über den Inhalt, die aber nur Ordnungsvorschriften sind, gibt § 57 GBO. Er schreibt vor, daß der Hypothekenbrief enthalten soll die Nummer des Grundbuchblattes und einen Auszug aus dem Grundbuch. Der Auszug bezieht sich auch auf das Rangverhältnis der Hypothek zu anderen Posten, den Vermerk späteren Rangrücktritts und ferner den Vermerk der späteren Erlangung des Vorrangs vor anderen Posten (OLG 9, 345; KGJ 35 A 294) mit Einschluß der Wiedergabe des bei der zurücktretenden Post eingetragenen Vorrangvermerks (KGJ 45, 291), aber mit Ausschluß solcher Eintragungen, die der Hypothek zwar zeitlich vorgehen, aber sie völlig unberührt lassen, die insbesondere trotz zeitlichen Vorgehens ihr im Range weder vorgehen noch gleichstehen (KGJ 52, 216). Ruht die Hypothek nur auf einem Miteigentumsanteil, so bezieht sich der Auszug nicht auf die lediglich auf einem andern Anteil ruhenden Belastungen, mögen sie auch der Hypothek zeitlich vorgehen (KGJ 52, 217 gegen 26 A 304). Vgl. auch GBO § 58: Verbindung der Schuldurkunde mit dem Brief; sollen nachträglich ohne Änderung des ursprünglichen Schuldgrundes Änderungen z. B. der Verzinsungs-, Kündigungs- und Rückzahlungsbedingungen eingetragen werden, so ist die Verbindung der schuldrechtlichen Änderungsurkunde mit dem Hypothekenbrief zwar nicht notwendig, aber auch nicht unzulässig (KGJ 53, 224); § 59: nur ein Brief über eine Gesamthypothek; § 61:

Teilhypothekenbrief (§ 1152 BGB); § 66: gemeinschaftlicher Brief über mehrere Hypotheken (KGJ 20 A 103; 39 A 272, A 276; HRR 1932 Nr 759); §§ 67, 68: Erneuerung; § 69: Vernichtung des Briefs. In Preußen hat nach § 40 AllgVf v. 20. 11. 1899 bei Erteilung von Hypothekenbriefen das Grundbuchamt nicht unter dieser Benennung, sondern unter der als Amtsgericht zu unterzeichnen (KGJ 53, 222). Sollen Eintragungen in bezug auf die Briefhypothek bewirkt werden, so ist nach den Ordnungsvorschriften der §§ 42 Satz 1, 62 ff. GBO regelmäßig der Brief dem Grundbuchamt vorzulegen und die Änderung auf ihm zu vermerken. Diese Ordnungsvorschriften haben ihren Grund hauptsächlich darin, daß das Grundbuch keine sichere Auskunft gibt, wer der Gläubiger einer Briefhypothek ist. Denn die Hypothek kann außerhalb des Grundbuchs gemäß § 1154 Abs 1 weiter übertragen sein. Jene Vorschriften sollen darauf hinwirken, daß Brief und Grundbuch übereinstimmen (RJA 14, 313; s. unten über die Folgen der Nichtübereinstimmung). Ausnahmen vom Vorlegungszwang sind enthalten in §§ 42 Satz 2, 54 Abs 2 GBO (Widerspruchseintragung), §§ 131, 145 ZVG (Löschung einer Hypothek, Eintragung des Vorrangs einer Sicherungshypothek gemäß § 128 ZVG auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters). Diese Ausnahmebestimmungen dürfen aber auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden (RJA 14, 314). Für die Eintragung der *Aufwertung* einer Hypothek nach dem AufwG bedarf es nach Art 17 DurchfVO v. 29. 11. 1925 der Vorlegung des Hypothekenbriefs nicht, wenn der Antrag auf Eintragung in den Fällen der §§ 14 (Vorbehalt), 15 (Rückwirkung), 78 (Leistung nach dem 13. 2. 1924 angenommen) AufwG von dem Gläubiger und im Falle des § 17 AufwG (Aufwertung für den Zedenten) von dem früheren Gläubiger gestellt wird. Ferner ist die Vorlegung des Hypothekenbriefs nicht erforderlich, wenn der Brief unbrauchbar gemacht ist und wenn in den Fällen des § 8 Abs 2 (rechtzeitig beantragte Herabsetzung der Aufwertung) und des § 16 Abs 3 (Hypothek noch nicht gelöscht; Eigentümer behauptet, daß eine Aufwertung nach §§ 14, 15 nicht stattfindet) AufwG ein Widerspruch eingetragen werden soll. Nach Art 6 Abs 1 Satz 3 DurchfVO bedarf es zur Löschung einer Papiermarkhypothek, deren Aufwertungsbetrag 500 GM nicht übersteigt, nicht der Vorlegung des darüber gebildeten Hypothekenbriefs; auch insoweit ist also der § 42 GBO nicht anwendbar (JFG 7, 416). — Wann für eine Eintragung mit Rücksicht auf § 42 GBO ein beim Grundbuchamt aus anderer Veranlassung befindlicher Hypothekenbrief verwendet werden darf, ist in KGJ 50, 228 erörtert. — Der Hypothekenbrief hat, wie sich namentlich ergibt aus §§ 1117, 1154 (Erwerb, Übertragung der Hypothek durch Übergabe des Briefs), 1155 (Schutz des öffentlichen Glaubens im Falle des Besitzes des Briefs), 1160 (Vorlegung des Briefs bei Geltendmachung der Hypothek), eine selbständige vermögensrechtliche Bedeutung (**RG**St 41, 268). Er ist jedoch *kein Wertpapier* im engeren Sinne. Denn er ist nicht selbständiger Träger des Hypothekenrechts; das Bestehen der Hypothek hängt vielmehr von der Eintragung im Grundbuch ab (str., **RG** Gruch 51, 921). In manchen Beziehungen ist er vom Gesetz allerdings einem Wertpapier gleichgestellt (vgl. § 1819). Steht der *Inhalt des Briefs* mit der Eintragung im Grundbuch im *Widerspruch*, so ist das Grundbuch maßgebend, weil der Hypothekenbrief nicht den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hat und nicht dazu bestimmt ist, die zur Begründung dinglicher Rechte erforderliche Eintragung zu ersetzen (M 3, 756; **RG** 76, 378; 129, 128). Lautet z. B. der Brief über eine Hypothek von 5000 M., ist aber die Hypothek für 3000 M. eingetragen, so besteht die Hypothek nur in letzterer Höhe. Hat der Bucheigentümer, der nicht wahrer Eigentümer ist, eine Briefhypothek bestellt, nachdem gegen sein Eigentum ein Widerspruch (§ 899) eingetragen war, so steht der Widerspruch der Wirksamkeit sowie dem Erwerb der Hypothek durch einen Abtretungsempfänger entgegen, auch wenn er auf dem Hypothekenbrief nicht vermerkt ist (**RG** 129, 127). Auch sonst wirkt der dem Brief entgegenstehende Inhalt des Grundbuchs auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber. Ist z. B. im Grundbuch die Ausschließung der Brieferteilung der wirklichen Vereinbarung gemäß eingetragen, so gilt die Hypothek, auch wenn ein Brief versehentlich erteilt ist, als Buchhypothek, insbesondere auch bei der Übertragung. Wer die Hypothek auf Grund des Briefes gutgläubig erwirbt, ist nicht geschützt gegenüber demjenigen, der die Hypothek als Buchhypothek gemäß § 1154 Abs 3 durch seine Eintragung erworben hat. Anderseits aber wird durch den Inhalt des Briefs, wenn dieser der wirklichen Rechtslage entspricht und das Grundbuch unrichtig ist (wenn z. B. eine Teilzahlung gemäß § 1145 auf dem Brief, nicht aber im Grundbuch vermerkt ist), nach § 1140 der Schutz des Rechtserwerbs im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs ausgeschlossen (§ 1140 A 1). Wenn der Brief auch selbständige vermögensrechtliche Bedeutung hat, so steht er doch im *Abhängigkeitsverhältnisse zu der Hypothek*. Daher kann das Eigentum daran nur dem jeweiligen Gläubiger der Hypothek zustehen (§ 952 Abs 2; **RG** 91, 157; Gruch 47, 957; Warn 1917 Nr 56). Ferner kann die Urkunde nicht für sich allein und losgelöst von der Hypothek Gegenstand besonderer dinglicher Rechte, z. B. eines Pfandrechts, sein (**RG** 51, 86; 66, 27; 68, 282; Gruch 47, 957; 49, 366). Auch kann der Hypothekenbrief nicht selbständiger Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung sein. Vielmehr kann seine Pfändung oder die Pfändung eines Anspruchs auf seine Herausgabe nur als Mittel zur Durchführung der Zwangsvollstreckung in das dem Schuldner an der Hypothek zustehende Recht in Frage kommen (**RG** 74, 80; **RG**St 26, 11). Dagegen ist es zulässig, durch Vertrag ein nur zwischen den Vertragschließenden persönlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht

an einem Hypothekenbrief zu begründen. Denn dadurch schließt der Eigentümer des Briefs nur das ihm an sich zustehende Recht auf Herausgabe des Briefs für seine Person zeitweise und bedingt aus (RG 51, 87; 66 S. 24, 102; 68 S. 282, 388; 91, 158; JW 1908 S. 447[9], 547[5]; Gruch 51, 919). Auch kann ein Hypothekenbrief, da ihm die Eigenschaft eines körperlichen Gegenstandes, also einer Sache (§ 90), nicht abzusprechen ist, einem anderen zum Gebrauch unentgeltlich überlassen, geliehen (§ 598) werden, z. B. um damit Sicherheit für eine Forderung zu leisten (RG 91, 158). — Für die Grund- und die Rentenschuld gilt § 1116 in gleicher Weise (§§ 1192, 1200 BGB; § 70 GBO). Insbesondere kann auch der Grundschuldbrief nicht selbständig Gegenstand dinglicher Rechte, z. B. eines Pfandrechts, sein. Wohl aber kann auch an ihm durch Vertrag ein nur zwischen den Vertragschließenden persönlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht begründet werden (RG 124, 30).

2. Regelsatz: ein Hypothekenbrief **wird erteilt.** Wenn also die Erteilung des Briefs nicht gemäß Abs 2 ausgeschlossen wird, ist die Hypothek eine Briefhypothek. Daraus folgt: Auf Grund eines Urteils, durch das der Eigentümer schlechthin zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek verurteilt ist, kann nur eine Briefhypothek eingetragen werden (KGJ 21 A 171). Ergeben im Falle einer Hypothekvormerkung weder der Eintragungsvermerk noch seine Unterlagen etwas über die Art der zu bestellenden Hypothek, so kann die (im übrigen gerechtfertigte) Umschreibung der Vormerkung in eine Briefhypothek verlangt werden (RG Gruch 58, 1019). Eine Hypothek, bei der die Ausschließung der Brieferteilung nicht eingetragen ist, kann nur als Briefhypothek gemäß § 1154 Abs 1, 2 abgetreten werden. Hinsichtlich des Briefs ist dazu mindestens erforderlich, daß eine Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 getroffen und (§ 1154 A 3) der Antrag auf Bildung des Briefs beim Grundbuchamt gestellt worden ist (OLG 34, 205). Dies gilt auch dann, wenn vereinbart worden ist, auf Verlangen des Gläubigers sei jederzeit ein Brief zu bilden. Denn eine solche Vereinbarung hat zwar die Bedeutung, daß die Erteilung des Briefs zunächst ausgeschlossen und nur eine spätere Aufhebung der Ausschließung vorgesehen werde. Sie hat aber nur schuldrechtliche Natur, so daß sie nicht eintragungsfähig ist und, wenn sie dennoch eingetragen ist, rechtlich als nicht eingetragen gilt (OLG 34, 205). Anders verhält es sich jedoch, wenn ein bereits bestehendes hypothekarisches Recht ohne Brief in ein anderes hypothekarisches Recht umgewandelt wird (z. B. eine Buchgrundschuld in eine Hypothek oder eine Buchhypothek in eine Grundschuld). Haben hier die Beteiligten nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges festgesetzt, so ist eine Einigung dahin anzunehmen, daß auch das andere hypothekarische Recht unverbrieft sein soll. Einer nochmaligen Eintragung der Ausschließung der Brieferteilung bedarf es also nicht, da sich die Ausschließung aus der früheren Eintragung ergibt (RJA 8, 283; OLG 29, 372). Indessen ist die erneute Eintragung auch nicht unzulässig, da sie Unklarheiten verhüten kann (OLG 29, 372). — Bei einer Sicherungshypothek ist nach § 1185 Abs 1 ausnahmsweise die Erteilung eines Briefs ausgeschlossen. Soll eine solche Hypothek gemäß § 1186 in eine gewöhnliche Buchhypothek umgewandelt werden, so ist weder eine ausdrückliche Vereinbarung noch die Eintragung der Ausschließung erforderlich, da diese aus der früheren Eintragung der Hypothek als Sicherungshypothek folgt (str.; RJA 8, 282). Über den Fall der Erweiterung einer Einzelbuchhypothek zu einer Gesamtbuchhypothek vgl. § 1132 A 3. — Nach Artt 192, 193 EG gilt eine zur Zeit der Grundbuchanlegung bestehende Hypothek als Buchhypothek, wenn sie nicht landesgesetzlich für eine Briefhypothek erklärt wird.

3. Der **Einigung des Gläubigers und des Eigentümers über die Ausschließung des Briefes** bedarf es nicht nur, wenn eine Hypothek ursprünglich als Buchhypothek bestellt werden soll, sondern auch im Falle nachträglicher Ausschließung, also bei der Umwandlung einer Briefhypothek oder eines Teiles davon in eine Buchhypothek (OLG 41, 37: Abtretung eines Teils einer Briefhypothek unter Verzicht auf Teilbrief). Handelt es sich um eine Gesamthypothek (§ 1132), so müssen die Eigentümer der sämtlichen beteiligten Grundstücke die Einigung erklären. Hat im Falle nachträglicher Ausschließung ein Eigentumswechsel stattgehabt, so ist die Einigung des Gläubigers mit dem gegenwärtigen Eigentümer erforderlich. Die Einigung bedarf zur Rechtswirksamkeit keiner Form. Zur Vornahme der Eintragung braucht die Einigung dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen zu werden (OLG 1, 414). Nach § 19 GBO genügt hierzu die in der Form des § 29 GBO erklärte einseitige Bewilligung des durch die Eintragung in seinem Recht Betroffenen. Dies ist der Eigentümer allein, wenn die Hypothek bei ihrer Begründung als Buchhypothek eingetragen werden soll, da der Gläubiger zu dieser Zeit noch kein Recht am Grundstück hat (RJA 1, 22). Soll dagegen eine Briefhypothek nachträglich in eine Buchhypothek umgewandelt werden, so wird dadurch der Gläubiger ebenfalls in seinem Recht betroffen; auch seine Bewilligung muß daher dem Grundbuchamt beigebracht werden (RJA 1, 22). Unzulässig ist die Ausschließung bei Inhaberbriefgrundschulden (§ 1195).

4. Einigung und **Eintragung der Ausschließung** müssen zusammentreffen, wenn die Hypothek eine Buchhypothek sein soll. Fehlt eins dieser Erfordernisse, so ist die Hypothek eine Briefhypothek (A 2). Die Eintragung der Ausschließung, die einer vorangegangenen oder nachträglichen Einigung ermangelt, unterliegt der Berichtigung (§ 894; GBO § 22). Eine solche Hypothek kann nach § 1117 nur dann vom Gläubiger erworben werden, wenn ein Brief ausgefertigt

und ihm vom Eigentümer übergeben wird. Für diejenigen, die gutgläubig die Hypothek als Buchhypothek erwerben, gilt aber das Grundbuch gemäß § 892 als richtig. Ist trotz vorliegender Einigung die Eintragung der Ausschließung unterblieben, so kann über die Hypothek überhaupt erst verfügt werden, wenn entweder ein Brief nachträglich erteilt oder die Eintragung nachgeholt ist.

5. Aus der entsprechenden **Anwendung der §§ 873 Abs 2, 876, 878** folgt: Die Beteiligten sind an die Einigung gebunden, wenn sie in einer der Formen des § 873 Abs 2 erklärt ist. Steht einem Dritten ein Recht an der Hypothek zu (z. B. Pfandrecht, Nießbrauch), so bedarf es zur Umwandlung einer Briefhypothek in eine Buchhypothek seiner Zustimmung (§ 876). Der Eintritt einer Beschränkung des Berechtigten (A 3) in der Verfügung nach seiner Bindung und Stellung des Eintragungsantrags ist ohne Einfluß (§ 878).

6. Auch zur **Wiederaufhebung der Briefausschließung**, also zur Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek, ist die Einigung des Gläubigers mit dem Eigentümer zur Zeit der Umwandlung und die Eintragung erforderlich (RJA 2, 36; KGJ 32 B 13; OLG 1, 259). Der Eigentümer zur Zeit der Hypothekbestellung kann seine Sondernachfolger nicht mit dinglicher Wirkung verpflichten, auf Verlangen des Gläubigers die Umwandlung zu bewilligen. Die Einräumung eines solchen Rechts für den Gläubiger ist daher nicht eintragungsfähig (RJA 2, 36). Dagegen kann ein Anspruch auf Umwandlung als ein Anspruch auf Änderung des Inhalts der Hypothek durch Vormerkung gesichert werden. Zur Eintragung der Wiederaufhebung genügt auch der (in der Form des § 29 GBO gestellte) übereinstimmende Antrag des Eigentümers und des Gläubigers auf nachträgliche Bildung eines Briefs. Denn in diesem Antrag kommen die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) und der Eintragungsantrag (§ 13 GBO) deutlich zum Ausdruck (KGJ 28 A 151).

§ 1117

Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, die Hypothek erst [1]), wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird [2]). Auf die Übergabe finden die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930, 931 Anwendung [3]).

Die Übergabe des Briefes kann durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen [4]).

Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei [5]).

E I 1110 II 1026; M 3 746f.; P 3 646, 729.

1. Erst durch die Übergabe des Briefs soll der **Gläubiger die Briefhypothek erwerben,** nicht schon durch die Eintragung der Hypothek für ihn, wie bei der Buchhypothek. Diese Vorschrift soll verhüten, daß durch eine Verfügung des Gläubigers vor Erfüllung der ihm obliegenden Leistung (Auszahlung der Valuta) ein gutgläubiger Dritter die Hypothek erwirbt, und ermöglichen, daß die Leistung des Gläubigers und der Erwerb der Hypothek Zug um Zug erfolgen (Prot 3, 729). Bis zu der Übergabe (oder der sie ersetzenden Vereinbarung des Abs 2) steht die Briefhypothek dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu (§§ 1163 Abs 2, 1177 Abs 1; **RG** 77, 108; OLG 26, 135). Er ist Eigentümer des Briefs (§ 952 Abs 2; OLG 11, 113; 26, 135). Entsprechend bestimmt § 60 GBO, daß der Brief vom Grundbuchamt dem Eigentümer auszuhändigen ist, falls er nicht eine abweichende Bestimmung in der Form des § 29 Satz 1 GBO getroffen hat. Das Grundbuch ist bis zur Übergabe des Briefs unrichtig, weil es den Gläubiger als Inhaber des hypothekarischen Rechts nennt (**RG** 77, 108; KGJ 22 A 310). Der Eigentümer kann bis dahin über die Hypothek als Briefgrundschuld gemäß § 1154 durch Abtretungserklärung und Übergabe des Briefs zugunsten eines Dritten rechtswirksam verfügen oder die Grundschuld durch Anlehnung an eine neue Forderung (§ 1198) in eine Briefhypothek für den Dritten umwandeln (KGJ 22 A 311). Soll allerdings die Abtretung eingetragen werden, so muß der Eigentümer dem Grundbuchamt sein Recht gehörig nachweisen. Dazu wird erforderlich sein die Beibringung einer in der Form des § 29 GBO abgegebenen Erklärung des als Gläubiger Eingetragenen, daß er die Hypothek wegen Fehlens der Briefübergabe nicht erworben habe; die Tatsache, daß der Brief gemäß § 60 GBO vom Grundbuchamt dem Eigentümer ausgehändigt ist, genügt zu dem Nachweise nicht (KGJ 22 A 309). Der Gläubiger hat vor der Briefübergabe (oder dem Übergabeersatz des Abs 2) auch dann, wenn er die ihm obliegende Leistung bewirkt hat, nur einen persönlichen Anspruch auf Beschaffung der Hypothek (**RG** 63, 14; 63, 424; 77, 109; OLG 26, 135). Dieser Anspruch hindert weder eine Verfügung des Eigentümers über die Hypothek noch die Pfändung der Hypothek (Eigentümergrundschuld) durch

Gläubiger des Eigentümers (RG 63, 14; 73, 416; OLG 11, 111; 44, 159). Im Falle des Konkurses des Eigentümers steht dem Gläubiger ein Absonderungsrecht nach § 47 KO nicht zu. Vielmehr kann der Konkursverwalter von ihm gemäß § 894 Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahin verlangen, daß an seiner Stelle der Gemeinschuldner als Gläubiger (der Eigentümergrundschuld) eingetragen werde. Wegen des persönlichen Anspruchs auf Bestellung der Hypothek kann der eingetragene Gläubiger nur eine Geldforderung gemäß § 69 KO zur Konkursmasse geltend machen (RG 77, 109; OLG 26, 135). Er kann aber seinen Anspruch, der auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück gerichtet ist, nach § 883 durch Vormerkung sichern lassen (OLG 7, 367) und dann im Falle des Konkurses des Eigentümers auf Grund des § 24 KO ein Absonderungsrecht geltend machen. — Ist zwar der Brief dem Gläubiger übergeben, aber die gesicherte Forderung nicht entstanden, so steht die Hypothek nach § 1163 Abs 1 Satz 1 ebenfalls dem Eigentümer zu. Dieser ist auch nach § 952 trotz der Übergabe an den Gläubiger Eigentümer des Briefs (RGSt 39, 185; JW 1906, 714[12]: Unterschlagung der Valuta durch den Notar ohne Aushändigung des Briefs). — Die Vorschriften des § 1117 über das Erfordernis der Übergabe oder ihres Ersatzes nach Abs 2 finden auch Anwendung, wenn eine Briefhypothek abgetreten (§ 1154) oder verpfändet (§ 1274) oder gepfändet und überwiesen werden soll (§§ 829, 830, 837 ZPO; über die Frage, ob nicht nur unmittelbarer, sondern auch mittelbarer Briefbesitz des Pfändungsgläubigers zur Entstehung des Pfändungspfandrechts an der Briefhypothek genügt: RG Warn 1921 Nr 97). Ferner greift § 1117 Platz, wenn ein Nießbrauch an einer Briefhypothek bestellt (§ 1069) werden soll. Die Begründung eines Nießbrauchs an einer Briefhypothek kann auch mit der Übertragung der Hypothek an einen andern in der Weise verbunden werden, daß der Gläubiger die Hypothek unter Ausschluß der den Inhalt des Nießbrauchs ausmachenden Befugnisse an den andern abtritt. Hierzu ist neben der schriftlichen Erklärung der Abtretung des beschränkten Gläubigerrechts die Übergabe des Hypothekenbriefs an den neuen Gläubiger erforderlich. Für die Übergabe gelten die Vorschriften des § 1117. Sie kann also insbesondere durch eine zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger getroffene Vereinbarung ersetzt werden, daß der bisherige Gläubiger nunmehr als Nießbraucher im Besitz des Hypothekenbriefs verbleiben soll (§§ 1154 Abs 1 Satz 1; 1117 Abs 1 Satz 2; 868; vgl. A 3). Solange eine Übergabe oder eine sie ersetzende Vereinbarung nicht stattgefunden hat, tritt auf Grund der Abtretungserklärung oder der Eintragung in das Grundbuch allein keine dingliche Änderung des Rechtslage ein. Bis dahin verbleibt vielmehr das volle Gläubigerrecht dem bisherigen Gläubiger (RG Warn 1920 Nr 111). Auch strafrechtlich liegt nach RGSt 34, 172 noch keine Sicherungsgewährung durch den Gemeinschuldner im Sinne des § 241 KO bei der Eintragung einer Briefhypothek vor, solange nicht der Brief dem Gläubiger übergeben ist. Die Vorschriften des § 1117 gelten gemäß § 1192 auch für den Erwerb einer Briefgrundschuld durch den Gläubiger (RG 77, 108).

2. Von dem Eigentümer (oder dem dazu von diesem Ermächtigten) muß der Brief **übergeben** sein. Erlangt der Gläubiger den Brief ohne Zustimmung des Eigentümers, z. B. von einem zur Aushändigung nicht befugten Besitzdiener (§ 855) oder Makler, so erwirbt er die Hypothek nicht (RG 75, 224; Warn 1915 Nr 172). Dasselbe gilt, wenn er den Brief vom Grundbuchamt versehentlich (§ 60 Abs 1 GBO) ausgehändigt erhält. In solchen Fällen kann aber der Besitz des Briefs dann zum Erwerb der Hypothek führen, wenn nachträglich eine Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger gemäß § 929 Satz 2 erfolgt. Auch steht es einer Übergabe durch den Eigentümer gleich, wenn dieser, sei es auch nur einseitig, dem Grundbuchamt gegenüber gemäß § 60 Abs 2 GBO die Bestimmung getroffen hat, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, die Aushändigung des Briefs vom Grundbuchamt zu verlangen, oder daß der Brief vom Grundbuchamt dem Gläubiger übersandt werden solle, und wenn das Grundbuchamt daraufhin den Brief dem Gläubiger (oder seinem Vertreter) aushändigt (RG 66, 100; 77, 108; KGJ 25 A 154; 40 A 322). Hat diese Aushändigung aber nicht stattgefunden, so ist die Übergabe nicht erfolgt (RG 66, 100; 77, 108). Einer mit ihrem Ehemann in häuslicher Gemeinschaft und im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau kann der für sie bestimmte Hypothekenbrief vom Boten des Grundbuchamts auch zu Händen des empfangsbereiten Ehemanns ausgehändigt werden (RG 135, 206). Die Bestimmung gemäß § 60 Abs 2 GBO kann vom Eigentümer nicht einseitig widerrufen werden, ebensowenig wie eine Eintragungsbewilligung, weil das Grundbuchamt mit dem Eingang der Bestimmungserklärung nicht mehr den Eigentümer, sondern lediglich den Gläubiger als empfangsberechtigt zu behandeln hat (RJA 10, 79; KGJ 40, 324; vgl. auch RG JW 1908, 547[5]; Warn 1912 Nr 291; a. M. OLG 14, 103). — Steht das Grundstück im Miteigentum mehrerer Personen oder sollen mehrere Grundstücke verschiedener Eigentümer belastet werden, so müssen sämtliche Eigentümer den Brief übergeben (RG 52, 360). Wenn nur einer der Eigentümer den Brief übergibt, erwirbt der Gläubiger die Hypothek auch nicht an dessen Anteil oder Grundstück, es sei denn, daß er durch Verzicht die Hypothek an den anderen Anteilen oder Grundstücken gemäß § 1175 Abs 1 Satz 1 zum Erlöschen bringt (RG 52, 362). — Wird der Hypothekenbrief dem Gläubiger nur vorübergehend in die Hand gegeben (z. B. zur Aufklärung über die Hypothekenverhältnisse) und sogleich zurückgenommen, so liegt eine Übergabe nicht vor (RG 75, 223; Warn 1915 Nr 172).

3. Die körperliche **Übergabe des Briefes** kann **gemäß § 929 Satz 2** durch bloße Einigung über den Übergang des Eigentums an dem Brief **ersetzt** werden, wenn der Gläubiger bereits im Besitz des Briefes ist (A 1). Der Einigung steht gleich die rechtskräftige Verurteilung des Grundstückseigentümers zur Übereignung (§ 894 ZPO). Ferner kann die Übergabe, wenn der Eigentümer im Besitz des Briefes ist, durch Einräumung des mittelbaren Besitzes an den Gläubiger **gemäß §§ 930, 868** ersetzt werden (z. B. durch Übernahme der Verwahrungspflicht gemäß § 688; vgl. auch **RG** Warn 1920 Nr 111 in A 1). Da aus dem BGB Gegenteiliges nicht zu entnehmen ist, kann ein Übergabeersatz nach diesen Vorschriften auch dadurch rechtswirksam sich vollziehen, daß im voraus vereinbart wird, der Erwerber solle an erst anzuschaffenden Sachen den Besitz auf Grund eines den Besitzerwerb vermittelnden Verhältnisses ausüben (**RG** 56, 52; JW 1907, 747[18]; Gruch 53, 1049). Daher kann auch die Übergabe des Hypothekenbriefs durch eine zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber im voraus getroffene dingliche Einigung, daß der Eigentümer nach Herstellung des Briefs diesen für den Gläubiger verwahren solle, ersetzt werden. Der Erwerber erlangt dann die Hypothek dadurch, daß der hergestellte Hypothekenbrief dem Eigentümer vom Grundbuchamt gemäß § 60 GBO ausgehändigt wird. Da aber der Eigentümer in solch einem Falle den Verwahrungsvertrag mit sich selbst schließen soll (§ 181), muß er nach Empfangnahme des Briefs in erkennbarer Weise zum Ausdruck bringen, daß er den Brief für den Gläubiger besitzt (**RG** 73, 415). — Befindet sich ein Dritter im Besitz des Briefs, so genügt **nach § 931** die Abtretung des Herausgabeanspruchs (**RG** 54, 111). Dieser Anspruch muß aber ein solcher sein, daß er dem Eigentümer das Recht gewährt, den Brief in Besitz zu nehmen und in seine Verfügungsgewalt zu bringen. Hätte der Eigentümer z. B. inzwischen die Hypothek als Briefgrundschuld auf einen anderen übertragen (A 1) und dann diesen zum Teil befriedigt, so stände ihm nur ein Anspruch auf Vorlegung des Briefs an das Grundbuchamt zwecks Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 896 zu (**RG** 69, 41). Durch die Abtretung dieses Anspruchs würde der (erste) Gläubiger die Hypothek auch bezüglich des vom Eigentümer durch die Befriedigung des anderen erlangten Teiles nicht erwerben (**RG** 69, 43). Die Abtretung kann auch unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgen, da § 158 auch auf Verträge, die eine dingliche Rechtsänderung zum Gegenstand haben, Anwendung findet. Der Erwerber erlangt dann (z. B. wenn der Dritte den Brief für den Eigentümer in Verwahrung hat) mit dem Eintritt der Bedingung den mittelbaren Besitz (§ 868) an dem Brief (OLG 26, 133). Eine solche bedingte Abtretung kann auch schon vor der Herstellung des Briefs wirksam vereinbart werden für den Fall, daß der Dritte den unmittelbaren Besitz an dem Brief nach dessen Herstellung so erlangen werde, daß der Eigentümer mittelbarer Besitzer sei, also z. B. für den Fall, daß der Eigentümer den hergestellten Brief durch das Grundbuchamt an einen Dritten aushändigen lasse, mit dem er einen Verwahrungsvertrag geschlossen hat (OLG 26, 133). Eine Überweisung zur Einziehung steht der Abtretung nicht gleich. Denn dadurch wird der Anspruch nicht übertragen, sondern dem Pfändenden nur die Ermächtigung erteilt, den Anspruch in eigenem Interesse geltend zu machen (**RG** 63, 218).

4. Die als Ersatz der Übergabe zugelassene **Vereinbarung der Berechtigung des Gläubigers, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen,** ist nicht einseitig widerruflich (**RG** JW 1908, 547[5]; OLG 8, 139; 14, 102). Sie bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit keiner Form (**RG** Gruch 56 S. 983, 986; KGJ 25 A 155; OLG 45, 282). Auch ist der Gebrauch der Worte des Abs 2 nicht erforderlich. Vielmehr genügt jede vom Gläubiger angenommene Erklärung des Eigentümers oder der sonst in irgendeiner Weise erkennbar kundgegebene übereinstimmende Wille, woraus die Erteilung der genannten Befugnis an den Gläubiger erhellt (**RG** Warn 1912 Nr 291; KGJ 26 A 95; 32 A 242). Z. B. kann im Falle einer Teilabtretung eine solche Vereinbarung darin gefunden werden, daß die den Antrag auf Aushändigung des zu bildenden Teilhypothekenbriefs enthaltende Abtretungsurkunde von dem Abtretenden dem Erwerber übergeben und dann von diesem dem Grundbuchamt zur Umschreibung eingereicht wird (**RG** Warn 1912 Nr 291). Sie kann auch darin liegen, daß der Erwerber die in der Abtretungsurkunde enthaltene Aushändigungserklärung, sei es auch nur stillschweigend, annimmt (OLG 45, 282). Das Grundbuchamt darf allerdings den Brief dem Gläubiger nur dann aushändigen, wenn der Eigentümer die in A 2 erwähnte Bestimmung in der Form des § 29 Satz 1 GBO getroffen hat (KGJ 25 A 154). Ist dies nicht geschehen und hat daher das Grundbuchamt gemäß § 60 Abs 1 GBO den Brief dem Eigentümer ausgehändigt, so kann der Gläubiger, falls die Forderung für ihn entstanden ist, er insbesondere die ihm obliegende Leistung erfüllt hat, den Brief sich dadurch verschaffen, daß er auf Grund der Vereinbarung gegen den Eigentümer ein Urteil auf Herausgabe erstreitet und dann den Brief dem Eigentümer durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 883 ZPO wegnehmen läßt (KGJ 21 A 173). Ist aber die Bestimmung vom Eigentümer formgerecht getroffen, so hat das Grundbuchamt dem von dem Gläubiger gestellten Antrag auf Aushändigung des Briefs auch dann stattgegeben, wenn der Antrag formlos gestellt ist; denn für den Antrag ist eine Form nicht vorgeschrieben (RJA 6, 78). — Zweck der Vorschrift des Abs 2 ist, zu verhüten, daß der Erwerb der Hypothek durch eine Verzögerung der Ausfertigung des Briefs verzögert wird, und durch die Erteilung des Rechts auf Aushändigung des Briefs den mittelbaren Besitz

des Briefs im voraus auf den Gläubiger zu übertragen (Prot 3, 729). Ist die Vereinbarung schon vor der Eintragung getroffen, so erwirbt der Gläubiger, falls die zu sichernde Forderung besteht (§ 1163 Abs 1; RGSt 39, 184), die Hypothek mit der Eintragung und das Eigentum am Brief gemäß § 952 mit der Herstellung (RG 66, 102; 81, 425; 89, 161; JW 1908, 547[5]; KGJ 25 A 155; 35 A 288; 40, 324; OLG 11, 114; 45, 267). Von der tatsächlichen Aushändigung des Briefs an den Gläubiger sind diese Folgen nicht abhängig. Weder wird der Erwerb der Hypothek bis zur Aushändigung aufgeschoben, noch wird der Erwerb deswegen rückgängig, weil der Gläubiger den Brief nicht erhält. Denn nach Abs 2 ersetzt die „Vereinbarung" ohne weiteres die Übergabe des Briefs (str.; RG 89, 161; JW 1908, 547[5]; vgl. RG 64, 313; 66, 210; Gruch 56, 984; a. M. SeuffA 57 Nr 78). Dies gilt auch dann, wenn der Eigentümer trotz der Vereinbarung bei der Stellung des Eintragungsantrags nicht gemäß § 60 Abs 2 GBO die Anweisung zur Aushändigung an den Gläubiger erklärt und der Brief deshalb nach § 60 Abs 1 GBO nicht dem Gläubiger, sondern dem Eigentümer vom Grundbuchamt ausgehändigt wird (str.). Liegt anderseits eine Vereinbarung nicht vor, so bewirkt die vom Eigentümer dem Grundbuchamt gegenüber einseitig erklärte Anweisung nicht für sich allein den Erwerb der Hypothek. Vielmehr muß in diesem Falle noch die tatsächliche Aushändigung des Briefs an den Gläubiger hinzutreten (RG 66, 100; 77, 108; 89, 161; JW 1908, 547[5]; OLG 11, 114; A 2). Erfolgt die Vereinbarung erst nach der Eintragung der Hypothek, so erwirbt der Gläubiger die Hypothek mit dem Zeitpunkt der Vereinbarung, nicht erst mit dem der Ausfertigung oder gar der Aushändigung des Briefs. Wird die Vereinbarung gemäß § 894 ZPO durch ein vom Gläubiger erstrittenes rechtskräftiges Urteil ersetzt, das den Eigentümer zur Bestellung der Briefhypothek und zur Bewilligung der Aushändigung des Briefs verurteilt (RG 66, 102), so gilt das Vorstehende hinsichtlich des Zeitpunkts des Erwerbs in gleicher Weise (KGJ 21 A 172). Das Grundbuchamt hat auf Grund des Urteils den Brief dem Gläubiger auszuhändigen (§ 894 ZPO; § 60 Abs 2 GBO). Ist der Eigentümer aber lediglich zur Hypothekbestellung verurteilt und der Brief daher ihm ausgehändigt (§ 60 Abs 1 GBO), so erwirbt der Gläubiger, wenn er auf Grund des Urteils den Brief dem Eigentümer durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen läßt, die Hypothek gemäß § 897 ZPO erst im Zeitpunkt der Wegnahme. — Die Vereinbarung muß vom Eigentümer mit dem Gläubiger geschlossen sein. Eine zwischen dem Eigentümer und einem Dritten (z. B. dem Erwerber des Grundstücks) zugunsten des Gläubigers getroffene Vereinbarung, wonach eine Hypothek für den Gläubiger bestellt und diesem die fragliche Ermächtigung erteilt wird, kann zwar den Gläubiger gemäß § 328 schuldrechtlich berechtigen, von dem Verpflichteten (in dem gewählten Falle von dem Grundstückserwerber) die Einwilligung in die Aushändigung des (nach Eintragung der Hypothek) auszufertigenden Briefs (auch im Klagewege) zu verlangen, ersetzt aber nicht die Briefübergabe im Sinne des Abs 2. Denn auf den dinglichen Vertrag finden die Vorschriften des BGB über Verträge auf dem Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse und damit insbesondere auch die §§ 328 ff. über Verträge zugunsten eines Dritten mit der Wirkung unmittelbaren Rechtserwerbs des Dritten keine Anwendung (RG 66, 100; 98, 283; OLG 14, 102). Die Frage, ob und inwieweit dem Gläubiger, der gemäß § 952 Eigentümer des Briefs geworden ist, im Falle der Verweigerung der Herausgabe des Briefs durch das Grundbuchamt ein privatrechtlicher Anspruch auf Herausgabe gegen den Justizfiskus zusteht, behandelt KGJ 40, 322. Die Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger, daß der zu bildende Brief dem die Hypothekenbestellung beurkundenden Notar ausgehändigt werden solle, begründet nicht ohne weiteres einen Anspruch des Gläubigers gegen den Notar auf Herausgabe des diesem übermittelten Briefs (RG HRR 1932 Nr 319).

5. Gegenüber der **aus dem Besitz des Briefes folgenden Vermutung** (§ 292 ZPO) **für die Übergabe** muß der die Übergabe bestreitende Eigentümer den Beweis führen, daß der Brief ohne seinen Willen in den Besitz des Gläubigers gelangt ist. Aber auch dieser Beweis nützt ihm nichts, wenn der Gläubiger einen persönlichen Anspruch auf Beschaffung des Briefs hat. Denn der Gläubiger kann in diesem Falle durch Klage oder Widerklage gegen ihn ein Urteil auf Abgabe der zu der Einigung im Sinne des § 929 Satz 2 (A 3) erforderlichen Erklärung erstreiten. Anderseits folgt aus Abs 3, daß dem Gläubiger, der nicht im Besitz des Briefes ist, keine Vermutung für den Erwerb der Hypothek zur Seite steht, also auch nicht eine Vermutung aus § 891 wegen der für ihn erfolgten Eintragung der Hypothek. Er muß dann, wenn er sein Gläubigerrecht geltend machen will, den Beweis führen, daß er, obwohl er nicht im Besitz des Briefs ist, die Hypothek durch Übergabe oder Übergabeersatz erworben hat (str.; a. M. KGJ 22 A 310). Hat der im Besitz des Briefs befindliche Gläubiger die Hypothek an einen Dritten übertragen, so gilt die Hypothek, auch wenn der Gläubiger den Brief ohne Willen des Eigentümers erlangt hat, gemäß §§ 1138, 892 zugunsten des Dritten als dem Gläubiger zustehend, es sei denn, daß der Dritte beim Erwerb bösgläubig war (Prot 3, 646; 3, 729). Für die Zeit der Übergabe des Briefs besteht keine Vermutung. Kommt es auf den Zeitpunkt der Übergabe an (z. B. im Falle einer Konkurseröffnung), so muß der Zeitpunkt nachgewiesen werden (RJA 6, 67; KGJ 40 A 281).

§ 1118

Kraft der Hypothek [1]) haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen [2]) der Forderung sowie für die Kosten [3]) der Kündigung [4]) und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung [5]).

E I 1066 II 1027; M 3 647ff.; P 3 549.

1. **Kraft der Hypothek** bedeutet: kraft Gesetzes ohne besondere Bewilligung und Eintragung. Die im § 1118 bezeichneten Zinsen und Kosten sind daher nicht eintragungsbedürftig. Auch ist ein Antrag auf ihre Eintragung vom Grundbuchamt abzulehnen, weil überflüssige Eintragungen vom Grundbuch fernzuhalten sind (RJA 1, 81; 2, 246; KGJ 35 A 325). Wenn jedoch die Eintragung bewirkt worden ist, so ist weder das Grundbuch unrichtig noch die Eintragung im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO ihrem Inhalt nach unzulässig (KGJ 35 A 325). § 1118 gilt für alle Arten der Hypothek und nach §§ 1192, 1199 auch für Grundschulden und Rentenschulden. Für Höchstbetragshypotheken enthält aber § 1190 Abs 2 eine Sondervorschrift. Die Vorschrift des § 1118 gilt nach Art 192 EG vom Zeitpunkt der Grundbuchanlegung ab auch für die vor dem 1. 1. 1900 eingetragenen hypothekarischen Rechte. Erfahren diese dadurch gegenüber dem früheren Recht eine Erweiterung (z. B. durch den Eintritt der in einigen Rechtsgebieten früher ohne Eintragung nicht bestehenden Haftung für gesetzliche Zinsen), so gilt die Erweiterung nur für die nach der Grundbuchanlegung entstehenden Nebenforderungen, während eine eintretende Minderung (z. B. hinsichtlich der in einigen Rechtsgebieten früher bestehenden Haftung für Eintragungskosten: A 3) auch solche Nebenforderungen ergreift, die schon vorher entstanden waren. Wegen der nach früherem Recht eingetragenen besonderen Kautionshypotheken für Zinsen und Kosten vgl. **RG** 61, 374; Gruch 59, 134; RJA 7, 127; OLG 4, 160; 12, 292.

2. Als **gesetzliche Zinsen** kommen hier vornehmlich Verzugszinsen (§§ 288, 289) und Prozeßzinsen (§ 291) in Betracht. Weitere Fälle gesetzlicher Zinsen enthalten: § 1146 (aus dem Grundstück gebührende Verzugszinsen, wenn der Eigentümer mit der Befriedigung des Gläubigers im Verzuge ist); § 452 (Verzinsung des Kaufpreises); § 641 Abs 2 (Vergütung beim Werkvertrag); §§ 668, 675, 698, 1834 (eigennützige Verwendung fremder Gelder durch Beauftragte, Verwahrer, Vormünder). Über die gesetzlichen Zinsen bei der Bauhypothek vgl. §§ 27 Abs 4, 34 Abs 2 des BauFG v. 1. 6. 1909. Für rechtsgeschäftliche Zinsen haftet das Grundstück nur, wenn sie nach Maßgabe des § 1115 eingetragen sind. Dies gilt auch von solchen Verzugszinsen, die über die durch das Gesetz (§ 246; HGB § 352) bestimmte Höhe hinaus rechtsgeschäftlich festgesetzt sind (OLG 14, 100). Ferner haftet das Grundstück nicht für Schadensersatzansprüche, die nach §§ 286, 288 Abs 2, 289 Satz 2 aus einem Verzuge über die gesetzlichen Verzugszinsen hinaus geltend gemacht werden können (OLG 14, 101).

3. Für andere **Kosten** als die im § 1118 bezeichneten (z. B. Verwaltungskosten, Kosten für Registerauszüge, Stempel, Taxen, für Vermerke auf Hypothekenbriefen) haftet das Grundstück nur, wenn ihre Eintragung besonders bewilligt und nach Maßgabe des § 1115 vollzogen ist (RJA 1, 83; SeuffA 66 Nr 63). Dies gilt auch für die Kosten der Eintragung (M 3, 648; **RG** 72, 333; KGJ 49, 231). Bei der Zwangs- und der Arresthypothek aber haftet das Grundstück gemäß §§ 867 Abs 1 Satz 3, 932 Abs 2 ZPO auch für die Eintragungskosten kraft Gesetzes (vgl. über die Besonderheiten der Zwangssicherungshypothek gegenüber der Vertragssicherungshypothek § 1184 A 4). Für die Ablehnung des Antrags auf ihre Eintragung und für die Wirkung ihrer Eintragung gilt das in A 1 Bemerkte.

4. Kosten der **Kündigung** im Sinne des § 1118 sind nur solche, die durch eine nach § 1141 für die dingliche Hypothek wirksame Kündigung gegenüber dem Eigentümer entstehen, nicht Kosten der Kündigung gegenüber dem persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer ist. Die Kündigungskosten sind unter entsprechender Anwendung der §§ 91, 788 ZPO (z. B. bezüglich der Vertretung durch einen Anwalt) nur soweit erstattungsfähig, als sie zur zweckentsprechenden Geltendmachung des Hypothekenrechts notwendig waren. Dahin sind besonders zu rechnen Kosten der Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher und Kosten für die Bestellung eines Vertreters nach § 1141 Abs 2.

5. Unter den Kosten der **die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung** sind nur Kosten der gegen den Eigentümer als solchen mit der dinglichen Klage gerichteten Rechtsverfolgung zu verstehen. Für Kosten einer persönlichen (schuldrechtlichen) Klage gegen den Schuldner haftet das Grundstück nicht (**RG** 90, 172). Ist die dingliche Klage mit Rücksicht darauf, daß der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, mit der persönlichen Klage verbunden, so erstreckt sich die Haftung nicht auf die durch die Verbindung entstehenden Mehrkosten (M 3, 650; **RG** 1, 105; 90, 172). Auch wenn auf Grund der vertragsmäßig übernommenen schuldrechtlichen Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek geklagt und dann auf Grund des obsiegenden Urteils die Hypothek eingetragen worden ist, haftet das Grundstück nicht ohne weiteres für die Kosten jenes Rechtsstreits (**RG** 90, 172). Wenn es sich aber um eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) handelt und die Kostenforderung zu dem Kreise der durch die Höchstbetragshypothek

gesicherten Forderungen gehört, so muß bei der Bemessung des Höchstbetrags der einzutragenden Hypothek die Kostenforderung mitberücksichtigt werden (RG 90, 172). — Der Begriff „Rechtsverfolgung" umfaßt alle Rechtshandlungen, die auf Herbeiführung der Befriedigung aus dem Grundstück gerichtet und hierfür zweckentsprechend sind (SeuffA 62 Nr 73). Bei der (dinglichen) Klage macht es keinen Unterschied, ob der gewöhnliche Prozeß oder der Urkundenprozeß (§ 592 ZPO) oder das Mahnverfahren (§ 688 ZPO) gewählt wird. Die Rechtsverfolgung umfaßt auch die Zwangsvollstreckung, aber nur die Vollstreckung in das Grundstück, nicht die in das übrige Vermögen des Eigentümers, der zugleich persönlicher Schuldner ist. Insbesondere gehören zu den Kosten der Rechtsverfolgung auch die Kosten, die dem Gläubiger durch Betreiben der Zwangsversteigerung oder durch Beitritt zu der von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsversteigerung erwachsen (§ 109 ZVG). Die auf Befriedigung aus dem Grundstück gerichtete Rechtshandlung (z. B. die Klage) muß rechtlich begründet sein. Andernfalls kann sie nicht als zweckentsprechend gelten. Ferner haftet das Grundstück auch für solche Kosten, die an sich Kosten der Rechtsverfolgung sind, dann nicht, wenn das von dem Hypothekengläubiger eingeleitete Verfahren auf Befriedigung aus irgendeinem Grunde nicht zu Ende geführt, z. B. die Klage oder der Antrag auf Zwangsversteigerung von ihm zurückgenommen wird. Denn als „die" Befriedigung des § 1118 ist nur die tatsächlich erreichte Befriedigung zu erachten. Daher müssen die Rechtshandlungen gerade diese Befriedigung bezweckt haben und für ihre Erreichung mitwirkend gewesen sein (RG Warn 1910 Nr 61). Deshalb können Kosten eines aufgegebenen Versuchs der Befriedigung bei einer späteren Befriedigung nicht aus dem Grundstück erstattet verlangt werden, namentlich nicht, wenn inzwischen der Eigentümer gewechselt hat. Der Gläubiger muß sich wegen solcher Kosten anderweitig sichern, ehe er den unternommenen Versuch aufgibt. Die Kosten der Beteiligung des Hypothekengläubigers an einem von anderer Seite betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren fallen aber auch dann unter § 1118, wenn dieses Verfahren aus einem nicht in der Person des Hypothekengläubigers liegenden Grunde nicht durchgeführt wird (JW 1933, 708[2]). Streitig ist die Frage, ob das Grundstück für die Kosten von Rechtshandlungen haftet, durch die der Gläubiger im Falle der Verschlechterung des Grundstücks gemäß § 1133 die sofortige Fälligkeit der Hypothek oder im Falle der drohenden Verschlechterung gemäß § 1134 Abs 2 die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln (z. B. die Zwangsverwaltung) herbeiführt. Die Frage ist zu bejahen, wenn im unmittelbaren Anschluß an die Rechtshandlungen und die dadurch bewirkten Maßregeln das Verfahren auf Befriedigung durchgeführt wird. Denn die Rechtshandlungen erscheinen dann als auf diese Befriedigung gerichtet. Insbesondere ist diese Befriedigung durch die auf Grund des § 1134 Abs 2 herbeigeführten Maßregeln bezweckt. Denn durch die Verhinderung der Verschlechterung sollte die möglichst vollständige Befriedigung erzielt werden (§§ 25, 10 Abs 2 ZVG; OLG 26, 136; a. M. OLG 18, 163; 38, 71). Wird aber ein Verfahren auf Befriedigung vom Hypothekengläubiger nicht durchgeführt, so entfällt auch hier die Haftung des Grundstücks für die Kosten solcher Rechtshandlungen (RG 72, 332; OLG 38, 71). Überhaupt nicht zu den Kosten des § 1118 gehören die Kosten der Unterlassungsklage aus § 1134 Abs 1, da diese Klage stets nur auf Sicherung, nicht auf Befriedigung gerichtet ist. Für die Höhe der in die Haftung fallenden Kosten gilt wie bei der Kündigung (A 4), daß nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten erstattet verlangt werden können. Über die Kosten der Vertretung durch einen Anwalt im Zwangsversteigerungsverfahren vgl. RG 22, 322. Die Behandlung der Kosten in der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung regeln die §§ 10 Abs 2, 12, 37 Nr 4, 66, 110, 114, 155 ZVG. Die nötigen Ausgaben des Gläubigers bei der Zwangsverwaltung haben nach § 10 Nr 1 ZVG ein Vorrecht (RG 17, 273; 23, 233; 25 S. 227, 237; 38, 312; 41, 321; 73, 397).

§ 1119

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Hypothek [1]) ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten [2]) dahin erweitert [3]) werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert [4]) haftet.

Zu einer Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist die Zustimmung dieser Berechtigten gleichfalls nicht erforderlich [5]).

E I 1065 II 1028; M 3 646f.; P 3 548, 782f.; 4 602.

1. § 1119 gilt für alle Arten der **Hypothek** und nach §§ 1192, 1200 auch für Grundschulden und Rentenschulden. Bei der Höchstbetragshypothek werden aber nach § 1190 Abs 2 die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet. Daher ist § 1119 Abs 1 auf sie nicht anwendbar. Wenn aber eine solche Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt wird, so können Zinsen bis zu 5% nach Maßgabe des § 1119 Abs 1, also ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten, hinzugefügt werden (RG 60, 244; KGJ 21 A 160; 31 A 341; RJA 3, 156). Das gilt

indessen nicht für frühere Zinsen, sondern nur für Zinsen vom Tage der Eintragung der Umwandlung ab (KGJ 21 A 160; 31 A 341; RJA 3, 156; 8, 60; 11, 60). Bei einer Gesamthypothek (§ 1132) ist die Zinserhöhung auch an einem der belasteten Grundstücke allein zulässig (KGJ 21 A 168). § 1119 findet gemäß Art 192 EG auch auf die vor dem 1. 1. 1900 eingetragenen Hypotheken Anwendung, und zwar gleichviel, ob die gleich- oder nachstehenden Berechtigten vor oder nach diesem Zeitpunkt eingetragen sind. Wird eine Hypothek nach dem AufwG aufgewertet, so findet § 1119 Anwendung, wenn Gläubiger und Eigentümer einen höheren Zinssatz als den im § 28 Ges bestimmten bis zu 5% vereinbaren (JW 1926, 624[3]).

2. **Ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten** soll die Zinserhöhung bis zu 5% mit dem Range der bisherigen Hypothek erfolgen können, um die Kündigung nicht oder gering verzinslicher Hypotheken zu verhüten (M 3, 646; RJA 4, 249; 10, 148). Notwendig ist aber nach §§ 877, 873 die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger und die Eintragung, da es sich um eine Änderung des Inhalts der Hypothek handelt (KGJ 29 A 176). Zur Vornahme der Eintragung genügt für das Grundbuchamt gemäß § 19 GBO eine in der Form des § 29 GBO erklärte Eintragungsbewilligung des Eigentümers, der allein durch die Eintragung in seinem Recht betroffen wird (KGJ 29 A 177). Bei einer Briefhypothek ist außerdem der Brief vorzulegen, auf dem das Grundbuchamt die Zinserhöhung zu vermerken hat (§§ 42, 62 GBO). In der Eintragungsbewilligung braucht eine besondere Erklärung über den Rang der Zinserhöhung nicht enthalten zu sein, da diese ohne weiteres den Rang des geänderten Rechts teilt (KGJ 26 A 140). Da die Eintragung der Zinserhöhung (bis zu 5%) eine Änderung des Hypothekenrechts enthält, so ist sie nicht in die für Neueintragungen, sondern in die für Inhaltsänderungen bestimmte Spalte aufzunehmen (RJA 3, 248; 7, 261). Die Eintragung in einer unrichtigen Spalte hat aber nicht die Rechtsunwirksamkeit der Zinserhöhung zur Folge. Ist die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet, so bedarf es nach §§ 877, 876 auch der Zustimmung des Dritten. Erfolgt eine Zinserhöhung nach der Beschlagnahme des Grundstücks durch Einleitung der Zwangsversteigerung (§ 20 ZVG), so ist sie dem betreibenden Gläubiger gegenüber gemäß § 23 ZVG, §§ 135, 136 BGB unwirksam, soweit er dadurch in seinem Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück beeinträchtigt wird. Anderen, sei es auch gleich- oder nachstehenden Realberechtigten gegenüber gilt dies aber nicht, da die Beschlagnahme nicht zu ihren Gunsten wirkt (OLG 26, 136).

3. Die **Erweiterung** des Zinsrechts nach Maßgabe des § 1119 ist nicht bloß für die seit der Eintragung der Zinserhöhung laufenden Zinsen zulässig. Vielmehr können die Zinsen bis zu 5% (ohne Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten mit dem Range der bisherigen Hypothek) von der Eintragung der Hypothek ab erhöht werden, da das Gesetz in dieser Hinsicht keinen Unterschied macht (RJA 10, 146). Eine Ausnahme besteht insoweit nur für die Höchstbetragshypothek (A 1). Kapitalisierte Zinsrückstände sind aber als selbständige neue Hypotheken einzutragen (RJA 10, 147). — Eine Zinsherabsetzung ist, da das Zinsrecht ein Teil des Hypothekenrechts und somit selbst Hypothek ist (§§ 1145 Abs 1 u. 2, 1158, 1159, 1178), teilweise Aufhebung der Hypothek. Sie bedarf daher nach §§ 875, 1183 der Aufgabeerklärung des Gläubigers, der Zustimmung des Eigentümers und der Löschung des Zinsrechts (HRR 1932 Nr 1657; 1933 Nr 1012). Die Löschung hat das Grundbuchamt nur dann zu bewirken, wenn ihm sowohl die Löschungsbewilligung des Gläubigers (§ 19) als auch die Zustimmung des Eigentümers (§ 27) in der Form des § 29 GBO beigebracht wird (RG 72, 362).

4. Nur **für Zinsen bis zu fünf vom Hundert** kann die Hypothek ohne Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten erweitert werden. Dabei sind unter Zinsen die laufenden Erträge einer Kapitalschuld, wie der Schuldner sie zu gewähren hat, zu verstehen. Andere Nebenleistungen (§ 1115 A 6), mögen sie sich auch als Vergütungen für die Gewährung eines durch die Hypothek gesicherten Darlehns darstellen, z. B. Abschlußprovisionen, Entschädigungen für die Beschaffung des Darlehns, Vergütung für Unkosten von Talonsteuer und Couponbogenerneuerung, sind nicht dazu zu rechnen, selbst wenn sie in Form von Zinszuschlägen versprochen werden (OLG 34, 206). Soll eine Hypothek durch Eintragung solcher Nebenleistungen in der Weise erweitert werden, daß diese den Rang der Hypothek erhalten, so ist dazu die Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten (§ 877) erforderlich (s. unten). Jedoch bedarf es der Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten nicht, wenn bei sog. Strafzinsen für den Fall unpünktlicher Rückzahlung des Kapitals nicht eine Erhöhung des Betrags erfolgt, sondern nur innerhalb des bisher für die Nebenleistungen eingetragenen Gesamtzinses die Bedingungen für ihren Verfall verschärft oder erweitert werden (§ 877 A 3). Wenn das Zinsrecht über fünf vom Hundert hinaus erweitert werden und die 5% übersteigenden Zinsen den Rang der Hypothek haben sollen, so ist die Zustimmung der Gleich- und Nachberechtigten erforderlich (vgl. jedoch RJA 3, 131 für den Fall der die Belastung nicht erweiternden Umwandlung von Nebenleistungen in Zinsen). Wird die Zustimmung nicht beigebracht, so können die übersteigenden Prozente nur mit dem Range nach den Gleich- und Nachberechtigten eingetragen werden (OLG 1, 481; RJA 3, 248; 7, 261; 10, 148). Das gilt selbst dann, wenn gleichzeitig ein Teil der Hypothek gelöscht werden soll und die Zinserhöhung sich nur auf den Rest bezieht (HRR 1932 Nr 320). Immer handelt es sich aber bei den

übersteigenden Prozenten um eine Erweiterung der bisherigen Hypothek, nicht um Bestellung einer neuen Hypothek, da die Hauptforderung dieselbe bleibt. Deshalb ist in Preußen die Eintragung dieser Prozente nicht in der für neue Eintragungen, sondern in der für „Veränderungen" bestimmten Spalte zu bewirken, und zwar mangels Zustimmung der Gleich- und Nachberechtigten mit Angabe des Ranges der Prozente hinter ihnen (str.; **RG** 132, 106; RJA 3, 248; 7, 261; KGJ 26 A 290; 48, 217; § 879 A 5 und § 1115 A 5; anders OLG 26, 138 mit Rücksicht auf das für Sachsen geltende Formular des Grundbuchblatts). Die Erteilung eines besonderen Hypothekenbriefs über die übersteigenden Prozente ist ausgeschlossen (OLG 1, 481). Auch bei den folgenden Hypotheken und in den darüber gebildeten Hypothekenbriefen ist nicht (gemäß § 42 GBO) zu vermerken, daß die übersteigenden Prozente im Range nachstehen, da es sich weder um eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses im Sinne des § 879 Abs 3 noch um eine nachträgliche Rangänderung nach § 880 handelt (KGJ 48, 216 gegen KGJ 33 A 250). Wird mit Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten eine Hypothek durch nachträgliche Festsetzung anderer Nebenleistungen als Zinsen erweitert (s. oben), so kann die Eintragung in der Weise bewirkt werden, daß die Erweiterung bei der Hypothek vermerkt wird (RJA 7, 258; KGJ 40, 283). Ist die Zustimmung nicht beigebracht, so kann auch hier die Eintragung nur mit dem Vermerk erfolgen, daß die Nebenleistungen den Gleich- oder Nachberechtigten im Range nachstehen (OLG 34, 206). Wegen Amortisationsbeiträge s. A 5. — Die Erweiterung einer Hypothek (auch einer Höchstbetragshypothek: § 1190) oder einer Grundschuld durch nachträgliche Erhöhung des eingetragenen Kapitalbetrags bedeutet keine Änderung des Inhalts der Hypothek oder ihrer Nebenleistungen. Sie ist daher überhaupt nicht zulässig. Wegen des weiteren Betrags kann nur eine neue Hypothek (Grundschuld) eingetragen werden (KGJ 40, 282; JW 1931, 623[4]). Ist aber die Erweiterung (versehentlich) eingetragen (in Spalte Veränderungen), so ist die Eintragung nicht als unwirksam, sondern (falls die Hypothek sonst zulässig ist; vgl. § 866 Abs 3 ZPO) als Eintragung einer neuen Hypothek an letzter Stelle zu erachten. Denn der Vermerk an unrichtiger Stelle des Grundbuchblatts bewirkt nicht die Unwirksamkeit (str.). Auch bei wertbeständigen Hypotheken nach dem Ges v. 23. 6. 1923 (Anm 4 § 1113) wird bei Bemessung nach einem Warenpreise der Kapitalumfang durch dessen Wertentwicklung endgültig festgelegt. Er ist daher über die hierdurch gezogene Grenze hinaus nicht erweiterungsfähig. Deshalb kann auch nicht der eine Warenpreis durch den anderen zugelassenen Warenpreis ersetzt werden, mögen auch die im Range gleichstehenden Gläubiger zustimmen und nachstehende Gläubiger nicht vorhanden sein (str.; JFG 7, 345). Ebenso ist unzulässig: der Übergang aus der Reichsmarkhypothek in eine Goldmarkhypothek (OLG 45, 231) oder in eine Feingoldhypothek (JW 1930, 3859[1]) und aus einer Goldmarkhypothek in eine Reichsmarkhypothek (JW 1931, 619[1]) oder in eine Feingoldhypothek (JFG 8, 361). Dagegen stellt bei Feingoldhypotheken die Änderung des Stichtags für die Umrechnung des Goldpreises in die deutsche Währung noch keine Erweiterung des Umfangs der Hypothek dar und ist mithin eintragungsfähig (str.; JW 1932, 349[1]; HRR 1932 Nr 1153, aber auch Nr 762). Auch die sog. Schwankungsklausel (§ 1113 A 4) kann noch nachträglich ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten eingetragen werden (**RG** 135, 142). Wegen Erweiterung der Rentenschuld s. § 1200 A 2.

5. Eine **Änderung der Zahlungszeit oder des Zahlungsorts** (d. h. der Zeit der Fälligkeit oder des Orts der Erfüllung: **RG** 101, 316) bedarf zwar nicht der Zustimmung der Gleich- und Nachberechtigten, wie Abs 2 zur Beseitigung von Zweifeln bestimmt (Prot 4, 602), wohl aber nach §§ 873, 876, 877 der Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie der Zustimmung des an der Hypothek etwa berechtigten Dritten. KGJ 29 A 176 erörtert die formellrechtliche Frage, ob derjenige, zu dessen Gunsten die Änderung erfolgt, Betroffener im Sinne des § 19 GBO ist. — Um eine Änderung der Zahlungszeit, nicht um eine Erweiterung der hypothekarischen Belastung handelt es sich, wenn nachträglich die Zahlung von Tilgungsbeiträgen (Amortisationsleistungen) vereinbart wird. Denn diese Beiträge sind keine Nebenleistungen, sondern Abschlagszahlungen auf die Hauptforderung (§ 1115 A 6). Daher bedarf es der Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten auch dann nicht, wenn die Jahresleistungen 5% (A 4) übersteigen (RJA 11, 248). — Wird die Zahlungsart durch Vereinbarung der sog. Goldklausel (§ 1115 A 8) geändert, so bedarf es zu einer solchen Änderung der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten. Das gilt nicht nur formellrechtlich für die Vornahme der Eintragung nach § 19 GBO, weil diese Berechtigten in ihrem Recht betroffen werden (KGJ 48, 218). Vielmehr ist auch die materiellrechtliche Wirksamkeit der Goldklausel gegenüber diesen Berechtigten von ihrer Zustimmung abhängig, da die eine Änderung des Inhalts der Hypothek enthaltende Eintragung der Klausel die Haftung des Grundstücks verstärkt und sich somit als eine neue Belastung darstellt (§ 877 A 3; **RG** 108, 183; KGJ 48, 219/221; OLG 42, 166; JFG 1, 455).

§ 1120

Die Hypothek erstreckt sich[1]) auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile[2]), soweit sie nicht[3]) mit der Trennung nach den §§ 954 bis 957 in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind[4]), sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind[5]).

E I 1067 II 1029; M 3 650f., 653, 655ff.; P 3 549f., 553ff.

1. Die §§ 1120—1131 geben besondere Bestimmungen darüber, daß und inwieweit **die Hypothek sich erstreckt** auf getrennte Erzeugnisse und sonstige Bestandteile sowie Zubehörstücke (§§ 1120 bis 1122) auf Miet- und Pachtzinsforderungen (§§ 1123—1125), wiederkehrende Leistungen (§ 1126), Versicherungsansprüche (§§ 1127—1130), zugeschriebene Grundstücke (§ 1131). Ein Recht des Hypothekengläubigers auf den Besitz der Sachen ergibt sich daraus aber nicht (RG 125, 368). Daß für die Hypothek mit dem Grundstück auch die ungetrennten Bestandteile haften, gleichviel ob sie wesentliche oder unwesentliche und ob sie vor oder erst nach der Hypothekbestellung Bestandteile geworden sind, folgt schon aus §§ 93ff. und setzt § 1120 als selbstverständlich voraus (RG 26, 346 83, 56). Nicht wesentliche Bestandteile aber haften für die Hypothek dann nicht, wenn besondere Rechte an ihnen entgegenstehen, insbesondere dem Eigentümer das Verfügungsrecht über sie fehlt (z. B. nach berggesetzlichen Bestimmungen bei gewissen Bodenbestandteilen). Hier greift aber zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers der Hypothek der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§§ 891, 892) hinsichtlich der im Bestandsverzeichnisse enthaltenen Angaben über die Grundstücksbestandteile ein (§ 892 A 6). Wesentliche Bestandteile können gemäß § 93 von der Haftung nicht ausgeschlossen werden (RG 62, 410). Werden daher z. B. bewegliche Sachen nach ihrer Veräußerung an den Grundstückseigentümer mit dem Grundstück als dessen wesentliche Bestandteile vereinigt, so treten sie auch dann in die Haftung für die Hypothek ein, wenn der Veräußerer sich das Eigentum an ihnen vorbehalten hat; gemäß §§ 93, 946 erlischt das Eigentum des Veräußerers an den Sachen trotz des Vorbehalts (RG 26, 346; 36, 261; 50, 241; 62, 411; 63 S. 172 u. 421; 67, 32; 140, 224). Dies gilt selbst dann, wenn der Hypothekengläubiger beim Erwerb der Hypothek von dem Vorbehalt Kenntnis hatte (RG JW 1904, 138²). Auch durch Mobiliarzwangsvollstreckung können wesentliche Bestandteile nicht der Haftung für die Hypothek entzogen werden. Der Hypothekengläubiger kann gegen eine solche unzulässige Zwangsvollstreckung Erinnerung bei dem Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO einlegen oder Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO erheben (RG 34, 377; 55, 201). Eine Ausnahme hiervon gilt für noch nicht getrennte Früchte insofern, als ihre Pfändung unter den Voraussetzungen des § 810 Abs 1 ZPO an sich zulässig ist. Dem Hypothekengläubiger steht aber nach § 810 Abs 2 ZPO auch hier selbst gegen die zulässige Pfändung die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO zu, sofern nicht die Pfändung für einen im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück vorgehenden Anspruch erfolgt ist. — Zu den Vermehrungen des Grundstücks, die als Bestandteile in die Haftung auch für früher bestellte Hypotheken eintreten, gehören z. B. Anspülungen, natürliche Zulandung eines angrenzenden Flußbetts, ungetrennte Erzeugnisse, neuerrichtete Gebäude. Auch die während des Konkurses des Grundstückseigentümers vom Konkursverwalter dem Grundstück einverleibten Samen und Pflanzen haften für die Hypotheken. § 15 KO steht dem nicht entgegen, da die Erweiterung des Haftungsgegenstandes kraft Gesetzes eintritt (RG 53, 353; 59, 369). Wenn im Falle des Grenzüberbaues der Nachbar den Überbau dulden muß und daher als Entschädigung eine Geldrente erhält (§ 912), haftet nach §§ 96, 876, 1126 die Rente als Bestandteil des Nachbargrundstücks für die auf diesem lastenden Hypotheken, während der Überbau als Teil des ganzen Gebäudes für die Hypotheken des anderen Grundstücks mithaftet. Errichtet der Eigentümer zweier aneinander grenzender Grundstücke ein Gebäude auf der Grenze, so haften den Hypothekengläubigern der beiden Grundstücke nur die bis zur Grenze reichenden Gebäudeteile. Werden in der Zwangsversteigerung die Grundstücke verschiedenen Erstehern zugeschlagen, so erwerben diese das Gebäude gemäß §§ 93, 94 Abs 1 (ZVG §§ 20 Abs 2, 93 Abs 2) ebenfalls nur je bis zur Grenzschnittlinie (RG 65, 363; 70, 201; § 94 A 1; § 921 A 1). Gemäß § 95 Abs 1 (nur zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück) errichtete Gebäude sind nicht Bestandteile des Grundstücks (§ 95 A 1) und unterliegen daher nicht der Hypothekhaftung. Über die Haftung der mit dem Grundstück verbundenen Rechte (§ 96) vgl. § 1126 A 1. Die Trennung der Bestandteile vom Grundstück hebt die Haftung nicht auf, sofern nicht das Gesetz (§§ 1120, 1121, 1122) etwas anderes vorschreibt (A 2). Werden Grundstücksteile (Parzellen) abgetrennt, so müssen die Hypotheken auf die Grundbuchblätter der Teile übertragen werden, sofern nicht die Gläubiger die Teile aus der Pfandhaft entlassen. Ist die Übertragung (versehentlich) unterblieben, so steht den Gläubigern nach § 894 ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Hypotheken zu. Indessen bestehen insoweit Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in Art 120 EG (Unschäd-

lichkeitszeugnis) und in Art 113 EG (Zusammenlegung von Grundstücken, Gemeinheitsteilung). Ist nach reichsgesetzlicher oder landesgesetzlicher Vorschrift wegen Enteignung von Grundeigentum oder nach landesgesetzlicher Vorschrift wegen Beschädigung eines Grundstücks durch Bergbau dem Grundstückseigentümer eine Entschädigung zu gewähren, so haftet für die Hypotheken gemäß Artt 52, 53, 67 Abs 2, 109 Satz 2 EG die Entschädigung (RG 69, 247). — Die bisher entwickelten Grundsätze und die §§ 1120—1131 finden auch auf Grundschulden und Rentenschulden Anwendung (§§ 1192, 1200). Ob sie auch für die einzelnen Leistungen einer Reallast gelten, ist in § 1107 A 2 erörtert. Für die unter der Herrschaft des früheren Rechts bestellten Hypotheken bestimmt sich von dem Zeitpunkt ab, in dem das Grundbuch nach Art 186 EG als angelegt anzusehen ist, der Umfang der Haftung gemäß Art 192 EG nach dem Recht des BGB (RG 46, 173; 47, 198; 50, 72; 55, 289; JW 1902 Beil 217). Insbesondere gilt dies für die Frage, ob auch Zubehör des Grundstücks (§§ 97, 98) für die Hypothek haftet (§ 1120) und was als Zubehör anzusehen ist (RG 46, 174; 47, 198; 55, 289; JW 1902 Beil 217). Die Sachen, die nach BGB Zubehör sind, unterliegen der Haftung, auch wenn sie nach früherem Recht nicht Zubehöreigenschaft hatten; umgekehrt scheiden Zubehörstücke des früheren Rechts von der Haftung aus, wenn sie nach BGB nicht Zubehör sind (RG 46, 173; 55, 288; JW 1902 Beil 217). Im ersteren Falle treten die Sachen nur in dem Rechtszustand zur Zeit des Inkrafttretens des BGB (z. B. behaftet mit einem Pfandrecht, das durch eine nach früherem Recht zulässige Pfändung erworben ist) in die Haftung ein (RG 46, 174; JW 1902 Beil 217). — Die Haftung von Gegenständen für die Hypothek schließt selbstverständlich eine Vertragsklage gegen den Eigentümer auf Herausgabe der Gegenstände nicht aus; auch bedarf es der Zuziehung der Hypothekengläubiger zu dem Rechtsstreit nicht (RG Warn 1908 Nr 113). Eine vertragsmäßige Erweiterung des Umfangs der Erstreckung ist unzulässig, da der Inhalt des dinglichen Hypothekenrechts nicht durch Parteivereinbarung anders geregelt werden kann, als im Gesetz bestimmt ist (RG 63, 373). Anderseits können auch die Grenzen der Haftung für die Hypothek nicht mit dinglicher Wirkung eingeschränkt werden. So hat z. B. eine Abmachung zwischen dem Eigentümer und dem Hypothekengläubiger, daß ein Gegenstand, auf den sich nach dem Gesetz die Haftung für die Hypothek erstreckt, von der Haftung freigegeben werde, höchstens zwischen den Vertragschließenden persönlich schuldrechtliche Bedeutung (RG 125, 365; HRR 1933 Nr 305). — Eine den Grundstücken gleichstehende selbständige Kohlenabbaugerechtigkeit (vgl. für Preußen Art 40 AG BGB) umfaßt nicht allein das unter der Erdoberfläche liegende Kohlenfeld, sondern alle der Ausbeute der gewonnenen Kohlen und anderen Fossilien dienenden bergbaulichen Anlagen, mögen sie Bestandteile im Sinne der §§ 93, 94 sein oder als bewegliche Sachen dem Betriebe zu dienen bestimmt und deshalb nach § 97 Abs 1, § 98 Nr 1 Zubehör sein. Bei einer solchen Gerechtigkeit erstreckt sich daher die Hypothek auf alle diese Gegenstände. Dabei sind die Anlagen, soweit sie Bestandteile sind, gleichzustellen einem mit einer Hypothek belasteten Grundstück im Sinne des § 1120 (RG 61, 190; Gruch 61, 322; OLG 29, 359). — Über die Feststellung des geringsten Gebots in der Zwangsversteigerung (§§ 44, 45 ZVG), wenn es zweifelhaft ist, ob der vollstreckbare Anspruch des betreibenden Gläubigers als lediglich schuldrechtlicher oder als dinglicher aus einer Hypothek geltend gemacht ist: RG Warn 1914 Nr 188.

2. Daß **getrennte Erzeugnisse und sonstige Bestandteile** (z. B. auch Teile eines abgebrochenen Gebäudes) grundsätzlich (Ausnahmen A 4) für die Hypothek haften, ist im § 1120 nur deshalb ausdrücklich bestimmt, weil Zweifel darüber beseitigt werden sollten, ob eine Hypothek an beweglichen Sachen bestehen könne. An sich würde das Ergebnis der Gesetzesvorschrift schon daraus von selbst folgen, daß die Hypothek sich auf alle ungetrennten Bestandteile erstreckt (A 1) und daher einzelne Bestandteile nicht allein durch Lösung der Verbindung mit dem Ganzen von der Haftung frei werden können (M 3, 654). Durch die Trennung, d. i. Loslösung als bewegliche Sachen von Grund und Boden oder dessen Bestandteilen (z. B. Gebäuden), werden aber die Bestandteile zu selbständigen Sachen. Nach § 865 Abs 2 ZPO unterliegen sie, falls sie nicht zu Zubehörstücken (§§ 97, 98) werden (über diesen Fall A 5), der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen für persönliche Gläubiger, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist. Vor einer solchen Beschlagnahme kann der Hypothekengläubiger der Pfändung nicht widersprechen. Streitig ist, ob er nach § 805 ZPO einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung im Wege der Klage gegen den pfändenden Gläubiger geltend machen kann. Dies ist mit der herrschenden Meinung (RG 42, 90; 69, 93; OLG 15, 168; SeuffA 59, 296; a. M. OLG 13, 212) zu bejahen. Denn nach § 1121 Abs 1 werden getrennte Bestandteile von der Haftung für die Hypothek erst dann frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt worden sind. Solange daher der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Bestandteile noch nicht vom Grundstück fortgeschafft und veräußert hat, ist die Haftung der Gegenstände für die Hypothek nicht erloschen und der Hypothekengläubiger als ein nicht im Besitz der Gegenstände befindlicher Pfandgläubiger im Sinne des § 805 ZPO anzusehen. Auch wenn ein einzelner Hypothekengläubiger wegen seiner Hypothek auf Grund eines vollstreckbaren Titels getrennte Bestandteile pfänden läßt, können die anderen Hypothekengläubiger ihm gegenüber Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung erheben. Das gilt aber nur, wenn sie ihm im Range

vorgehen; denn andernfalls steht ihnen kein Vorzugsrecht zu. Werden Bestandteile, die bereits für einen persönlichen Gläubiger gepfändet sind, demnächst auch für einen Hypothekengläubiger gepfändet, so erlangt dieser zwar auf Grund seiner Pfändung kein Vorzugsrecht; vielmehr hat jener Gläubiger kraft seiner früheren Pfändung an sich ein vorgehendes Pfändungspfandrecht. Der Hypothekengläubiger kann aber auch in diesem Falle auf Grund des § 805 ZPO vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse verlangen, sofern nicht andere ihm im Range vorgehende Hypothekengläubiger ein gleiches Recht geltend machen. Ist die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt, so ist die Mobiliarzwangsvollstreckung in getrennte Bestandteile nach § 865 Abs 2 Satz 2 ZPO unzulässig und wirkungslos (RG 59, 91; JW 1905, 89[38]). Die Hypothekengläubiger können dann gegen eine Pfändung Einwendung beim Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO und Widerspruchsklage aus § 771 ZPO erheben (RG 55, 209; 63, 373; 69, 93). Nach §§ 21 Abs 1, 148 ZVG wird aber die Beschlagnahme getrennter land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung, sondern nur durch Einleitung der Zwangsverwaltung bewirkt. Werden Bestandteile nach der Trennung durch Verarbeitung oder Umbildung derart *umgestaltet*, daß sie neue Sachen von wirtschaftlicher Selbständigkeit werden (z. B. Bodenbestandteile durch Verarbeitung zu Ziegelsteinen), oder werden sie mit anderen Sachen verbunden oder vermischt, so verlieren sie nach §§ 949, 950 die Eigenschaft als getrennte Bestandteile und werden daher von der Haftung für die Hypothek frei, sofern sie nicht Zubehörstücke des Grundstücks geworden sind (OLG 14 S. 105, 106). Gleichgültig ist, ob die Trennung *schon vor oder erst nach Bestellung der Hypothek* geschehen ist. Auch im ersteren Falle muß das Getrennte in die Haftung eintreten. Denn es ist und bleibt ein „getrennter Bestandteil", und § 1120 bestimmt allgemein, daß die Hypothek sich auf getrennte Bestandteile erstreckt (str.; a. M. OLG 11, 122).

3. Aus den Worten **„soweit nicht"** folgt, daß das Vorliegen eines der Fälle, in denen ausnahmsweise (A 2) die Hypothek sich auf getrennte Bestandteile nicht erstreckt, von demjenigen zu beweisen ist, der Rechte darauf gründet (RG JW 1911, 704[2]; OLG 6, 271).

4. Die Fälle, in denen Bestandteile mit der Trennung (A 2) nach §§ 954—957 **in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers** gelangen und daher ausnahmsweise (A 2) aus der Haftung für die Hypothek ausscheiden, sind der Erwerb des Eigentums durch eine Person, die: zur Aneignung von Bestandteilen dinglich berechtigt ist (§ 954), z. B. den Erbbauberechtigten (VO v. 15. 1. 19 § 1 Abs 2) oder den Nießbraucher (§§ 1030, 1039); das Grundstück zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts (z. B. eines Nießbrauchs), das tatsächlich nicht zu bestehen braucht, gutgläubig besitzt (§ 955 Abs 2); auf Grund eines persönlichen (obligatorischen) Rechts zur Aneignung von Bestandteilen berechtigt und im Besitz des Grundstücks ist (§§ 956, 957), z. B. den Pächter (ist er nicht im Besitz, so bleiben die von ihm getrennten Bestandteile bis zu ihrer Entfernung vom Grundstück nach § 1121 der Haftung unterworfen). Der Eigentumserwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers (§§ 872, 955 Abs 1) enthält dagegen keinen Ausnahmefall. Trotz des Erwerbs durch einen solchen anderen als den Eigentümer (§ 953) bleiben nach dem Gesetz die getrennten Bestandteile in der Haftung, damit der Besitzer nicht günstiger als der Eigentümer stehe (M 3, 656). Streitig ist, ob im Falle eines persönlichen, mit Besitz verbundenen Nutzungsrechts (z. B. Pacht) oder eines dinglichen Nutzungsrechts (z. B. Nießbrauch) die getrennten Bestandteile auch dann von der Haftung frei werden, wenn das persönliche Recht später als die Hypothek begründet ist und das dingliche Recht der Hypothek im Range nachsteht. Dies ist entgegen der herrschenden Meinung zu bejahen. Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob das Nutzungsrecht älter oder jünger als die Hypothek ist. Die Bestimmungen über das Erlöschen der Haftung in §§ 1121, 1122 sind getroffen, „um das Interesse des Eigentümers an der pfandfreien Verfügung über die mit dem Grundstück haftenden Gegenstände zu wahren" (M 3, 661). Sie sprechen also dafür, daß der Eigentümer nicht behindert sein soll, auch nach der Eintragung einer Hypothek ein Nutzungsrecht mit der Wirkung zu bestellen, daß Bestandteile, insbesondere Erzeugnisse, mit der Trennung frei von der Haftung für die Hypothek in das Eigentum des Nutzungsberechtigten übergehen (OLG 4, 328; 14, 104). Im Falle der Pacht gilt ferner die Besonderheit, daß nach §§ 21 Abs 3, 146, 148 ZVG das Recht des Pächters auf den Fruchtgenuß von der Beschlagnahme durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nicht berührt wird, die Hypothekengläubiger also durch eine solche Beschlagnahme den Pächter auch an der Gewinnung noch ungetrennter Früchte nicht hindern können (OLG 13, 202). Nach § 809 ZPO ist für sie schließlich eine Mobiliarzwangsvollstreckung auch in getrennte Früchte ausgeschlossen. Ersatz dafür bietet ihnen die Haftung der Pachtzinsen nach §§ 1123ff.

5. Das **Zubehör** (§§ 97, 98) muß **in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt** sein, wenn es für die Hypothek haften soll. Daher haftet z. B. nicht: das dem Pächter gehörige Inventar (RG 9, 303); das unter Vorbehalt des Eigentums für den Veräußerer vom Grundstückseigentümer erworbene Zubehör (RG 53, 351; 140, 224; JW 1904, 403[3]); das zur Zeit der Bestellung der Hypothek zwar auf dem Grundstück befindliche, aber vom Grundstückseigentümer auf einen anderen gemäß § 930 übertragene Zubehör, das aber für die vor der Veräußerung bestellten Hypotheken mangels Entfernung vom Grundstück gemäß § 1121 Abs 1 haftet (M 3,

656; Prot 3, 549f.; RG Recht 1918 Nr 82, 863; OLG 26, 139; 30, 102; JW 1927, 402[11]; SeuffA 66 Nr 13). Der gute Glaube des Hypothekerwerbers hinsichtlich des Eigentums des Grundstückseigentümers ist einflußlos. Denn § 892 bezieht sich nicht auf Rechte an Zubehörstücken, über die das Grundbuch keine Auskunft gibt (RG JW 1901, 382; OLG 18, 164; SeuffA 66 Nr 13). Auch durch Parteivereinbarung kann fremdes Zubehör der Haftung nicht unterworfen werden, da § 1120 den Umfang der Haftung zwingend begrenzt (RG 63, 371; A 1). Die Rechtslage des fremden Zubehörs im Zwangsversteigerungsverfahren regeln die §§ 20, 37 Nr 5, 55 Abs 2 ZVG (RG 38, 222; 42, 245; 49, 253; 63, 373; 127, 272; Gruch 46, 1035; JW 1905, 175[17]). Fremdes Zubehör ist für eine nur auf dem Anteil eines Miteigentümers lastende Hypothek auch das dem anderen Miteigentümer allein gehörige Zubehör. Denn § 1120 erfordert, daß der Eigentümer des belasteten Gegenstandes Eigentümer des Zubehörs ist (vgl. jedoch RG Gruch 33, 913). Sind die Miteigentümer die einzigen Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und ruht die Hypothek auf dem ganzen Grundstück, so ist das Zubehör, das zum Gesellschaftsvermögen gehört, mit Rücksicht darauf, daß die Gesellschafter die alleinigen Träger des Gesellschaftsvermögens sind (RG 56 S. 206, 432; 65 S. 23, 230), kein fremdes Zubehör für die Hypothek (OLG 20, 413). Gehört das Zubehör nur einem der beiden Grundeigentümer, ist aber das ganze Grundstück mit der Hypothek belastet, so erstreckt sich die Hypothekenhaftung auf das dem einen Grundeigentümer gehörige Zubehör. Denn die Hypothek ergreift mit dem ganzen Grundstück auch den Anteil des einen Eigentümers und erfaßt damit auch das zu diesem Anteil gehörige Zubehör (RG 132, 325). — Da die Schlußworte des § 1120 sich als Ausnahmebestimmung kennzeichnen, hat derjenige, der behauptet, daß Zubehörstücke nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind, hierfür die Beweislast (RG JW 1911, 707[2]). Wenn jedoch der Ersteher eines Grundstücks Zubehörstücke, die vor dem Zuschlag von dem Grundstück entfernt worden sind, mit der Behauptung herausverlangt, der ihm erteilte Zuschlag erstrecke sich auf die Gegenstände (§§ 20, 55 ZVG), so trifft ihn die Beweislast dafür, daß der Vollstreckungsschuldner der Eigentümer der Zubehörstücke gewesen und daß die Beschlagnahme der Zubehörstücke trotz ihrer Entfernung vom Grundstück wirksam geblieben sei (§ 23 ZVG). Denn er stand vor dem Zuschlag zu dem Grundstück in keiner Rechtsbeziehung und kann nur Rechte geltend machen, die durch den Zuschlag unmittelbar in seiner Person entstanden sind (RG JW 1911, 707[2]). Gehören Zubehörstücke dem Grundstückseigentümer, so ist es für die Haftung gleichgültig, ob sie die Zubehöreigenschaft schon vor oder erst nach der Hypothekbestellung erlangt haben; § 1120 macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied (str.; RG 53, 352). Die Mobiliarzwangsvollstreckung in Zubehörstücke ist nach § 865 Abs 2 Satz 1 ZPO unzulässig. Die Pfändung ist schlechthin unwirksam und kann in keiner Weise (z. B. auch nicht durch Genehmigung des Schuldners) gültig werden (RG 59, 88; 60, 73; JW 1904, 575[10]; Gruch 49, 1067). Die Hypothekengläubiger können dagegen Erinnerung beim Vollstreckungsgericht nach § 766 ZPO und Widerspruchsklage aus § 771 ZPO erheben (RG 55, 207; 63, 373; 69, 93; Gruch 56, 800). Dies gilt auch bei Bestandteilen, die nach der Trennung Zubehörstücke werden. Wie die Rechte der Hypothekengläubiger auf Zubehörstücke, die bei der Zwangsversteigerung von dem Zuschlag ausgeschlossen worden sind, geltend gemacht werden, ist erörtert in RG 55, 414; JW 1897, 340[48]; 1903, 434[10] und in § 1181 A 1.

§ 1121

Erzeugnisse und sonstige Bestandteile des Grundstücks sowie Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie veräußert [1]) und von dem Grundstück entfernt werden [2]), bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind [3]).

Erfolgt die Veräußerung vor der Entfernung, so kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei [4]). Entfernt der Erwerber die Sache von dem Grundstücke, so ist eine vor der Entfernung erfolgte Beschlagnahme ihm gegenüber nur wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist [5]).

E I 1068 II 1030; M 3 661ff.; P 2 249; 3 556ff.; 6 247ff., 284f.

1. Die **Veräußerung** ist nur die eine Voraussetzung für das Freiwerden der Erzeugnisse, sonstigen Bestandteile (§ 1120 A 2, 4) und Zubehörstücke (§ 1120 A 5) von der Haftung für die Hypothek. Unter dieser Veräußerung ist die Eigentumsübertragung zu verstehen. Der Abschluß eines auf Übereignung gerichteten schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts (z. B. eines Kaufvertrags) genügt für sich allein nicht. Es muß die Einigung über den Eigentumsübergang und die Übergabe gemäß §§ 929ff. erfolgt sein (RG Gruch 61, 32; 64, 98; OLG 26, 151). Daher ist der Eigentumsvorbehalt an wesentlichen Bestandteilen, der nur eine persönliche Verpflichtung zur Duldung

der Trennung und Wegnahme begründen kann (RG 63, 416; JW 1908, 67[1]; SeuffA 59, 218; 66, 322), keine Veräußerung. Ferner fällt hierunter nicht die rechtsgeschäftliche Belastung (z. B. durch Bestellung eines Pfandrechts, eines Nießbrauchs), weil dabei keine Übereignung stattfindet (RG Gruch 31, 432; SeuffA 59, 296; § 1122 A 5). Ebensowenig gehört hierher die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung, soweit sie überhaupt zulässig ist (§ 1120 A 2, 5). Die Haftung gepfändeter (getrennter) Bestandteile erlischt daher selbst dann nicht, wenn der Gerichtsvollzieher sie vom Grundstück entfernt; erst die Versteigerung (§§ 935, 936) hebt die Haftung auf (RG 25, 21; Gruch 31, 432; 49, 1048; § 1122 A 4). Zu beachten bleibt aber § 1208. Gemeint ist ferner im § 1121 eine die Bestandteile oder Zubehörstücke allein betreffende, auf ihre Loslösung vom Grundstück gerichtete Veräußerung. Daher erlischt im Falle der Veräußerung des Grundstücks nebst Zubehör die Haftung von Zubehörstücken trotz ihrer Entfernung durch den Erwerber nicht, wenn der Erwerber das Grundstück zwar übergeben, aber nicht aufgelassen erhalten, also das Eigentum nur an dem Zubehör, nicht auch am Grundstück erlangt hat. Die Veräußerung durch den Konkursverwalter steht nach § 6 KO der Veräußerung durch den Eigentümer gleich. Die Haftung erlischt also, wenn Bestandteile oder Zubehörstücke vor der Beschlagnahme (A 3) vom Konkursverwalter veräußert und vom Grundstück entfernt werden (RG 42, 90; 69, 90). Streitig ist, ob der Verwalter den Erlös zur Konkursmasse ziehen darf oder ob die Hypothekengläubiger Anspruch darauf erheben können. Letzteres ist in der Regel zu verneinen, auch dann, wenn die Hypothekengläubiger dem Konkursverwalter gegenüber vor der Entfernung die Gegenstände für sich beansprucht haben (a. M. RG 42, 87). Die Veräußerung des Verwalters ist auch keine Pfändung im Sinne des § 865 Abs 2 Satz 1 ZPO; sie ist also insbesondere bei Zubehörstücken nicht unzulässig und nichtig (a. M. RG 69, 92; JW 1908, 561[27]). Ist aber die Verfügung des an Stelle des Gemeinschuldners handelnden Verwalters unwirtschaftlich für die Benutzung des Grundstücks, so kann für die (bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ausgefallenen) Hypothekengläubiger ein Masseanspruch aus § 59 Nr 1 oder Nr 3 KO, namentlich in Höhe des Erlöses, gegeben sein (RG 69, 90; JW 1908, 561[27]; OLG 37, 212). Die Einziehung von Miet- oder Pachtzinsen durch den Verwalter behandelt § 1124 A 4. Übrigens ist der Verwalter nicht berechtigt, Zubehörstücke, die der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung verkauft und dem Käufer übereignet hat, die aber noch nicht von dem Grundstück entfernt worden sind, dem Käufer deswegen vorzuenthalten, weil sie mangels ihrer Entfernung noch der Haftung für die Hypotheken unterliegen (A 2). Denn sie gehören nach den §§ 1, 6 KO nicht zur Konkursmasse und unterliegen daher nicht dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Verwalters (RG 99, 210). Ausnahmsweise erlischt unter den Voraussetzungen des § 1122 Abs 1 die Haftung der in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft getrennten Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile durch Entfernung vom Grundstück auch ohne Veräußerung. Ferner bewirkt nach § 1122 Abs 2 die Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft das Erlöschen der Haftung von Zubehörstücken auch ohne Veräußerung.

2. Die Haftung erlischt nicht schon durch die Veräußerung allein (RG 99, 211; JW 1905, 175[17]; 1911, 46[35]; 1927, 402[11]; Gruch 64, 98; SeuffA 74 Nr 120). Sie erlischt auch nicht durch Entfernung vor der Beschlagnahme allein (OLG 26, 151), selbst wenn dieser Entfernung später, aber erst nach der Beschlagnahme, die Veräußerung nachfolgt (OLG 26, 141). Vielmehr erlischt die Haftung nur beim Zusammentreffen von Veräußerung **und Entfernung** vor der Beschlagnahme (RG Warn 1915 Nr 118; OLG 4, 373; 37, 213). Liegen diese Voraussetzungen vor, so erlischt die Haftung aber auch dann, wenn die Veräußerung und Entfernung nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgten (SeuffA 59 Nr 82) und wenn der Erwerber Kenntnis von der hypothekarischen Belastung hatte (OLG 26, 151). Entfernung, also Wegschaffung vom Grundstück, ist grundsätzlich etwas anderes als Besitzübergabe, wenn beides auch zusammenfallen kann. Besitzübergabe ohne Entfernung genügt nicht. Deshalb erlischt die Haftung von Zubehörstücken nicht schon dadurch, daß der Eigentümer sie einem Gläubiger sicherungshalber zum Eigentum überträgt und als Ersatz der Übergabe gemäß § 930 vereinbart wird, der Eigentümer solle die Gegenstände fortan zur Leihe haben (RG Warn 1911 Nr 36). Eine den Grundstücken gleichstehende Abbaugerechtigkeit (Vorbem 4 vor § 873) erstreckt sich nicht allein auf das unter der Erdoberfläche liegende Kohlenfeld, sondern umfaßt auch alle der Ausbeute der gewonnenen Kohlen und anderen Fossilien dienenden bergbaulichen Anlagen (RG 61, 190). Bei ihr sind diese Anlagen, soweit sie Bestandteile (nicht Zubehör) sind, gleichzustellen dem in § 1121 gemeinten, mit der Hypothek belasteten Grundstück. Daher sind Gegenstände, die sich noch innerhalb solcher Anlagen befinden, nicht als „von dem Grundstück entfernt“ im Sinne dieser Vorschrift zu erachten, auch wenn sie aus Schächten herausgenommen worden sind (RG Gruch 61, 322). Weiter muß die Entfernung, wie sich aus den Worten „veräußert und entfernt“ ergibt, mit der Veräußerung derart im Zusammenhang stehen, daß sie entweder von vornherein oder doch, wenn die Veräußerung erst hinterher vorgenommen wird, im Endergebnis als infolge der Veräußerung geschehen erscheint. Auch muß die Fortschaffung eine dauernde Loslösung des Veräußerten als solchen von dem Grundstück zum Ziele haben. Denn ist etwas zwar veräußert, aber ohne Beziehung auf diese Veräußerung aus anderem Anlaß entfernt, so ist es nicht veräußert und entfernt, und eine Fortschaf-

fung, die nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt, kann nicht als Entfernung mit Rücksicht auf eine Veräußerung angesehen werden (str.; RG JW 1911, 46[35]). Daher erlischt die Haftung zwar, wenn die Fortschaffung (z. B. auf einen Markt) zum Zwecke der Veräußerung erfolgt und dann die Veräußerung nebst Besitzübergabe stattfindet. Denn auch in diesem Falle treffen Entfernung und Veräußerung zusammen. Die Haftung erlischt aber nicht, wenn nach der Veräußerung die Fortschaffung für einen anderen als den Erwerber bewirkt wird (str.). Ebensowenig erlischt sie z. B., wenn die Fortschaffung in Vollziehung einer einstweiligen Verfügung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt zur Verwahrung bis zur Entscheidung über den zwischen dem Eigentümer und einem andern streitigen Herausgabeanspruch (RG JW 1911, 46[35]; jetzt aber auch RG 144, 152). Wird ein veräußertes Zubehörstück in verschiedene Teile zerlegt, so daß es die Natur als Einheitssache einbüßt, und wird dann ein Teil (z. B. der Dampfkessel einer Lokomobile) für den Erwerber vor der Beschlagnahme in einer Weise entfernt, daß die Entfernung keine bloß vorübergehende und die Trennung von den andern auf dem Grundstück zurückbleibenden Teilen eine dauernde ist, so wird jener Teil von der Haftung für die Hypothek frei. Er bleibt nicht etwa deswegen in der Haftung, weil er mit den andern Teilen eine Einheit gebildet hat und die Hypothek sich auf diese weiter erstreckt (RG Gruch 64, 97; a. M. OLG 39, 250). Möglicherweise sind auch die anderen Teile von der Haftung für die Hypothek nach § 1122 Abs 2 frei geworden, sofern sie nämlich für sich allein nicht mehr als Zubehör (§ 97) des Grundstücks anzusehen sind (z. B. für sich allein nicht betriebsfähige Teile einer Lokomobile, die Zubehör eines Sägewerks war) und die Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt ist (RG Gruch 64, 98). Ist die Haftung durch Veräußerung und Entfernung erloschen, so steht den Hypothekengläubigern auch ein Anrecht auf den Kaufpreis oder den Zwangsversteigerungserlös (A 1) nicht zu (RG 25, 21). Doch kann ihnen, namentlich im Falle des sog. kalten Abbrennens des Eigentümers, ein Schadensersatzanspruch gegen die Erwerber von Bestandteilen oder Zubehörstücken unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 823ff. zustehen (RG 42, 170; 44, 186; 69, 91; 73, 333; Gruch 48, 380; 55, 664; § 1134 A 3). Ferner können die Hypothekengläubiger, wenn sie wegen ihres dinglichen Anspruchs einen Vollstreckungstitel besitzen und die sonstigen Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes v. 20. 5. 1898 vorliegen, die Veräußerung und Entfernung von Zubehörstücken als ihnen gegenüber unwirksam anfechten (RG 100, 89; Gruch 57, 1005). Das gilt auch dann noch, wenn durch den Zuschlag des Grundstücks in der Zwangsversteigerung, welche veräußerte und entfernte Gegenstände nicht erfaßt, ihr Hypothekenrecht an dem Grundstück bereits erloschen ist. Denn die vorgängige Inanspruchnahme des Grundstücks ist zwar an sich nach § 2 AnfG Voraussetzung der Anfechtung. Die Versteigerung des Grundstücks kann aber die Anfechtung von Veräußerungen nicht beeinträchtigen, die für den Hypothekengläubiger nachteilig waren und mit dem Zwangsversteigerungsverfahren nichts zu tun hatten (RG 100, 90).

3. Vor der Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers müssen Veräußerung und Entfernung stattgefunden haben. Folgen diese Rechtsakte der Beschlagnahme erst nach oder wird die Beschlagnahme auch nur in der Zwischenzeit zwischen Veräußerung und Entfernung oder zwischen dieser und der etwa späteren Veräußerung ausgebracht, so erlischt die Haftung nicht (JW 1927, 402[11]). Die Hypothekengläubiger oder der Zwangsverwalter können die Zurückschaffung der entfernten Sachen, soweit sie hiernach noch der Haftung für die Hypothek unterliegen, insbesondere von Zubehörstücken, verlangen (SeuffA 74 Nr 120). Vgl. jedoch über den Einfluß des guten Glaubens des Erwerbers Abs 2 Satz 2 und A 5. Durch die Beschlagnahme verwirklicht der Hypothekengläubiger sein dingliches Recht an den Erzeugnissen, sonstigen Bestandteilen und Zubehörstücken. Dadurch ist er fortan gegen den Verlust des Rechts durch Veräußerung und Entfernung geschützt. Diese Beschlagnahme wird gemäß §§ 20, 21, 146, 148 ZVG durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung bewirkt. Beide Maßnahmen haben die Wirkung eines Veräußerungsverbots zugunsten des betreibenden Gläubigers (§§ 135, 136 BGB; RG 86, 258). Über den Beginn der Wirksamkeit der Beschlagnahme: §§ 22 Abs 1, 150, 151 Abs 1 ZVG. Nach §§ 21 Abs 3, 146 ZVG hat aber weder die Zwangsversteigerung noch die Zwangsverwaltung die Beschlagnahme derjenigen Früchte zur Folge, bei denen einem Pächter das Recht auf den Fruchtgenuß zusteht. Nach §§ 21 Abs 1, 148 Abs 1 ZVG umfaßt die Beschlagnahme durch Zwangsversteigerung, anders als die Beschlagnahme durch Zwangsverwaltung, land- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse nur, soweit diese noch mit dem Boden verbunden oder Zubehör des Grundstücks sind. Tritt ein Hypothekengläubiger dem bereits eingeleiteten Verfahren bei, so wirkt die Beschlagnahme von der Zustellung des den Beitritt zulassenden Beschlusses ab auch zu seinen Gunsten (§§ 27, 146, 151 Abs 2 ZVG; RG Warn 1915 Nr 118; OLG 9, 139). Andere Hypothekengläubiger dagegen, die weder betreibende noch beitretende Gläubiger sind, können sich auf die Beschlagnahme nicht berufen (RG Warn 1915 Nr 118; SeuffA 59 Nr 69). Da die Beschlagnahme auch solche Zubehörstücke umfaßt, die zwar vom Eigentümer veräußert und an den Erwerber zum Eigentum übertragen, aber noch nicht von dem Grundstück entfernt worden sind, erstreckt sich die Versteigerung nach § 55 Abs 1 ZVG auch auf diese Zubehörstücke. Dem Erwerber steht wegen seines Eigentums kein der Versteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 37 Nr 5 ZVG zu. Die Bestimmung im § 55 Abs 2 ZVG, wonach auf Zubehörstücke, die im Besitz des Schuldners oder eines neu ein-

getretenen Eigentümers sind, die Versteigerung sich auch dann erstreckt, wenn sie einem Dritten gehören, es sei denn, daß dieser sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr 5 ZVG geltend gemacht hat, bezieht sich nur auf solche Zubehörstücke, die zur Zeit der Bestellung der Hypothek für den betreibenden Gläubiger nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt waren, also nach § 1120 überhaupt nicht in die Haftung für die Hypothek eingetreten und daher von der Beschlagnahme in Wirklichkeit nicht umfaßt worden sind (**RG** Warn 1915 Nr 118). Steht das Grundstück im Miteigentum mehrerer Personen, so ergreift die Beschlagnahme Zubehörstücke auch dann, wenn sie nur einem der Miteigentümer gehören (a. M.: JW 1926, 2226[9]). — Bei Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt und die zur Immobiliarmasse gehören (mit Ausnahme der Zubehörstücke: s. unten), bewirkt auch die Pfändung im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung eine Beschlagnahme im Sinne des § 1121, wenn sie wegen des dinglichen Anspruchs des Hypothekengläubigers erfolgt. Denn nach § 1147 kann der Hypothekengläubiger wegen seines dinglichen Anspruchs nicht nur aus dem Grundstück, sondern auch aus den (beweglichen) Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung suchen. Die Zwangsvollstreckung auf Grund eines Schuldtitels wegen des dinglichen Anspruchs, der als Geldforderung gilt (§§ 688 Abs 1 Satz 2, 794 Nr 4, 5 ZPO), findet aber in bewegliches Vermögen nach § 803 ZPO durch Pfändung statt (**RG** 23, 56; 29, 242; 31, 318; 42, 88; 76, 118; 81, 147; 86, 138; 103, 139; JW 1895, 78[37]; OLG 10, 420; 26, 141). Sind Miteigentümer vorhanden und müßte die Pfändung (z. B. von Mietzinsen) gegen sie alle erfolgen, so ist sie nach § 14 KO nicht angängig, wenn einer von ihnen im Konkurse ist (OLG 26, 142). Eine Beschlagnahme bewirkt ferner die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung, sofern darin ein Veräußerungsverbot oder sonstige zur Sicherung eines Hypothekengläubigers wegen seines dinglichen Anspruchs dienende Anordnungen erlassen sind (**RG** 44, 310; 48, 207; 52, 138; SeuffA 59 Nr 119; Gruch 30, 1185). Hat dagegen der Hypothekengläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels, der lediglich seine im Wege der Schuldklage geltend gemachte persönliche (Hypotheken-) Forderung betrifft, Haftungsgegenstände pfänden lassen, so ist eine Beschlagnahme der Gegenstände im Sinne des § 1121 für ihn als Hypothekengläubiger nicht erfolgt (**RG** 52, 138; 76, 116; 81, 147; 86, 138; OLG 14, 110; 26, 142). Übrigens darf auch ein Hypothekengläubiger Zubehörstücke nicht pfänden lassen (§ 865 Abs 2 Satz 1 ZPO). — Die Beschlagnahme hat, soweit nicht die Wirkung des guten Glaubens des Erwerbers Platz greift (A 5), zur Folge, daß eine Veräußerung oder Entfernung, auch eine Entfernung im Sinne des § 1122 Abs 1, sowie eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft im Sinne des § 1122 Abs 2 dem die Beschlagnahme ausbringenden Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist. Der Hypothekengläubiger hat einen Anspruch auf Rückschaffung der weggebrachten Gegenstände (**RG** 70, 378). In der Zwangsverwaltung kann auch der Zwangsverwalter nach §§ 148, 152 ZVG die Rückschaffung verfolgen (SeuffA 74 Nr 120). Eine nur einzelne (getrennte) Bestandteile betreffende Beschlagnahme (durch Pfändung oder Vollziehung einer einstweiligen Verfügung) gewährt dem Hypothekengläubiger aber keinen Schutz bezüglich anderer Bestandteile und Zubehörstücke. Ferner kann der Schuldner im Falle der Zwangsversteigerung, nicht auch der Zwangsverwaltung, über einzelne Bestandteile oder Zubehörstücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch dem Gläubiger gegenüber noch wirksam verfügen (§§ 23, 148 ZVG). — Die Beschlagnahme kann in der Regel nur ausgebracht werden, wenn die Hypothekenforderung fällig und vollstreckbar ist (§ 16 Abs 1 ZVG). Ausnahmen hiervon ergeben sich aus §§ 1133—1135 (Verschlechterung des Grundstücks oder des Zubehörs). Vor der Beschlagnahme kann der Hypothekengläubiger, sofern nicht ein Fall der §§ 1134, 1135 vorliegt, der Entfernung von Bestandteilen oder Zubehörstücken nicht widersprechen (OLG 3, 337; SeuffA 63, 66). Wegen der Rechtsbehelfe gegen eine Pfändung solcher Gegenstände und wegen des Anspruchs auf den Versteigerungserlös vgl. § 1120 A 2.

4. Abs 2 Satz 1 bedeutet: Im Falle einer **Veräußerung vor der Entfernung**, d. h. einer Veräußerung (A 1), der noch nicht eine Entfernung (A 2) nachgefolgt ist, erlischt die Haftung der veräußerten Sache (Bestandteil oder Zubehör) für die Hypothek nicht schon deswegen, weil **der Erwerber** bei dem Erwerb **in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben ist**, weil ihm also weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist (§ 932 Abs 2), daß die Hypothek an dem Grundstück besteht. Die Vorschrift enthält eine Einschränkung des Grundsatzes in § 936 Abs 1 Satz 1, Abs 2 (Erlöschen der Rechte Dritter infolge gutgläubigen Eigentumserwerbs). Sie ist mit Rücksicht darauf gegeben, daß die Kenntnis eines eingetragenen Rechts bei jedem, der im Widerspruch damit erwerben wolle, vorauszusetzen sei (M 3, 662). Auch wenn also der Erwerber in gutem Glauben ist, erlischt die Haftung erst mit der Entfernung (A 2). Bewirkt der Hypothekengläubiger vor der Entfernung die Beschlagnahme, so kann der Erwerber sich nicht auf § 936 berufen, also nicht geltend machen, daß kraft seines guten Glaubens die Haftung bereits erloschen sei. Gegebenenfalls kann er sich aber auf seinen guten Glauben hinsichtlich der Beschlagnahme nach Abs 2 Satz 2 berufen (A 5). Erfolgt die Veräußerung nach der Entfernung, so kommt es auf den guten Glauben überhaupt nicht an. Die Haftung erlischt dann wegen des Zusammentreffens von Entfernung und Veräußerung, auch wenn der Erwerber Kenntnis von der Hypothek hat (A 2).

5. Abs 2 Satz 2 bedeutet: Werden Bestandteile oder Zubehörstücke nach ihrer Veräußerung, aber **vor der Entfernung beschlagnahmt** und demnächst **von dem Erwerber entfernt,** so ist dem Erwerber gegenüber **die Beschlagnahme nur wirksam,** d. h. die Haftung der Sachen für die Hypothek nur dann nicht erloschen (A 2, 3), wenn der Erwerber **bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist,** wenn ihm also die Beschlagnahme bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 932 Abs 2). Die Vorschrift entspricht dem § 135 Abs 1, 2 (Wirksamkeit eines Veräußerungsverbots nur gegenüber einem bösgläubigen Erwerber). Der Hypothekengläubiger, der die Haftung der vor der Beschlagnahme veräußerten und nach der Beschlagnahme entfernten Sache für seine Hypothek geltend macht, muß also die Bösgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich der Beschlagnahme beweisen. Ist jedoch der Versteigerungs- oder der Zwangsverwaltungsvermerk (vor der Entfernung) in das Grundbuch eingetragen, so gilt gemäß §§ 23 Abs 2 Satz 2, 146 ZVG die Beschlagnahme als dem Erwerber bekannt (SeuffA 74 Nr 120). Ferner steht nach §§ 23 Abs 2 Satz 1, 146 ZVG die Kenntnis des Antrags auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung der Kenntnis der Beschlagnahme gleich. Aus der Vorschrift des § 1121 Abs 2 Satz 2 ist nicht zu folgern, daß die Rechtslage anders ist, wenn die Entfernung vor der Beschlagnahme und die Veräußerung nach dieser erfolgt. Vielmehr ist auch für diesen Fall anzunehmen, daß die Haftung nur dann nicht erlischt, wenn zur Zeit der Veräußerung die Beschlagnahme (Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung) im Grundbuch vermerkt oder der Erwerber hinsichtlich der Beschlagnahme bösgläubig ist (str.; vgl. §§ 135, 136, 892 Abs 1 Satz 2, 932).

§ 1122

Sind die Erzeugnisse oder Bestandteile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von dem Grundstücke getrennt worden [1]), so erlischt ihre Haftung auch ohne Veräußerung [2]), wenn sie vor der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt werden [3]), es sei denn, daß die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt [4]).

Zubehörstücke werden ohne Veräußerung von der Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird [5]).

E I 1068 II 1030; M 3 661ff.; P 2 249; 3 556ff.; 6 247 ff., 284f.

1. Unter der **Trennung von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** ist die Loslösung vom Grund und Boden zu Zwecken wirtschaftlicher Benutzung des Grundstücks zu verstehen (SeuffA 58 Nr 78; OLG 8, 417). Wird bei der Trennung ein Zweck verfolgt, der für die Benutzung des Grundstücks unwirtschaftlich ist, so ist die Anwendung des Abs 1 ausgeschlossen. Dies gilt namentlich auch dann, wenn beabsichtigt wird, die weitere Bewirtschaftung des Grundstücks aufzugeben (RG 69, 88; OLG 34, 213; 36, 178). Ebenso scheidet Abs 1 bei einer den Grundstücken gleichstehenden, selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit aus, wenn Bestandteile aus den Schächten herausgenommen werden, weil die Grube ersoffen ist (RG Gruch 61, 323; OLG 29, 360).

2. Die Bestimmung, daß **auch ohne Veräußerung die Haftung erlischt,** ist eine Ausnahme von § 1121, wonach die Haftung von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen nur durch Veräußerung und Entfernung (vor der Beschlagnahme) erlischt. Eine Veräußerung allein ohne Entfernung aber bewirkt das Erlöschen der Haftung auch dann nicht, wenn die Bestandteile in ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung getrennt sind. Auf Zubehörstücke bezieht sich Abs 1 nicht (A 3).

3. Die **Entfernung vor der Beschlagnahme,** die erste Voraussetzung für das Erlöschen der Haftung nach Abs 1, braucht nicht wie die Trennung (A 1) innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geschehen zu sein. Auch im Falle einer unwirtschaftlichen Entfernung erlischt die Haftung. Danach könnte es scheinen, als ob die Regel des § 1121 Abs 1 (Veräußerung und Entfernung zum Freiwerden erforderlich) namentlich bei landwirtschaftlichen Grundstücken für ordnungsmäßig getrennte Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile durch § 1122 Abs 1 tatsächlich zur Ausnahme gestaltet werde. Es ist jedoch zu beachten, daß besonders die Erzeugnisse nach der Trennung häufig Zubehörstücke sein werden (§ 98 Nr 2; OLG 14 S. 105, 106) und daß die Haftung dieser Zubehörstücke durch Entfernung allein ohne Veräußerung nach § 1121 Abs 1 nicht erlischt (A 2). Über den Begriff Entfernung: § 1121 A 2. Auch Fortschaffung auf ein anderes selbständiges Grundstück desselben Eigentümers ist Entfernung (vgl. jedoch RG Recht 1919 Nr 1107).

4. Die zweite Voraussetzung für das Erlöschen der Haftung, daß die Entfernung **nicht zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt,** ist gegeben, wenn nach den gegenwärtig obwaltenden Verhältnissen eine Rückschaffung auf das Grundstück nicht mehr in Aussicht steht (RG 47, 202). Eine Entfernung zum Zweck der rechtsgeschäftlichen Pfandbestellung erfüllt diese Voraussetzung nicht (str.). Werden dagegen ordnungsmäßig getrennte und zulässig im Wege der Zwangsvoll-

streckung gepfändete Erzeugnisse oder Bestandteile durch den Gerichtsvollzieher vor der Beschlagnahme vom Grundstück entfernt, so erlischt in aller Regel ihre Haftung für die das Grundstück belastenden Hypotheken. Nur unter ganz besonderen Umständen kann ausnahmsweise angenommen werden, daß diese Entfernung nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt und deshalb die Hypothekenhaftung bestehen geblieben sei. Solche Umstände hat der Hypothekengläubiger darzulegen und zu beweisen, wenn er sich auf das Weiterbestehen der Haftung berufen will (RG 143, 241). Gelingt dieser Beweis, so ist davon auszugehen, daß nach der Regel des § 1121 Abs 1 die Haftung der entfernten Erzeugnisse oder Bestandteile erst mit dem Pfandverkauf oder der Versteigerung vor der Beschlagnahme erlischt.

5. **Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** (A 1) liegt z. B. vor, wenn bei einem Landgut das zum Wirtschaftsbetrieb bestimmte ältere Vieh (§ 98 Nr 2) durch neues ersetzt und zum Verkauf gestellt oder wenn Dünger auf ein anderes mit der Hypothek des Gläubigers nicht belastetes Grundstück desselben Eigentümers gebracht wird. Die Haftung erlischt hier gemäß Abs 2 **auch ohne Veräußerung.** Soweit eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft ohne Entfernung stattfinden kann, ist diese zum Erlöschen der Haftung ebenfalls nicht erforderlich (§ 97 A 13). Dagegen wird durch Veräußerung allein ohne Aufhebung der Zubehöreigenschaft im Sinne des Abs 2 das Freiwerden von der Haftung auch dann nicht bewirkt, wenn die Veräußerung innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt (RG JW 1905, 175[17]; SeuffA 58 Nr 78; a. M. OLG 8, 417). Nach der Regel des § 1121 Abs 1 muß in diesem Falle vielmehr die Entfernung hinzukommen (§ 1121 A 1, 2). Durch Verpfändung und Entfernung vom Grundstück wird wegen des vorübergehenden Zweckes (A 4) die Zubehöreigenschaft gemäß § 97 Abs 2 Satz 2 nicht aufgehoben; die Haftung erlischt dadurch also nicht (§ 1121 A 1). Die Pfändung von Zubehör ist nach § 865 Abs 2 Satz 1 ZPO überhaupt unzulässig und wirkungslos (RG 59, 88; 60, 73; Gruch 49, 1067). Eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft „innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft" kann nicht in Frage kommen, wenn die wirtschaftliche Benutzung des Grundstücks überhaupt aufgegeben wird (RG 69, 88; Gruch 61, 323; A 1). Auch erlischt die Haftung nicht allein dadurch, daß die Benutzung der Gegenstände als Zubehör (z. B. bei einer selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit wegen Ersaufens der Grube) nachträglich unmöglich wird (RG 47, 202; Gruch 61, 323; OLG 29, 359). Vgl. § 1121 A 2 über den Fall, daß ein Zubehörstück veräußert und in Teile zerlegt, dann ein Teil vom Grundstück entfernt wird und die übrigen Teile auf dem Grundstück zurückbleiben.

§ 1123

Ist das Grundstück vermietet oder verpachtet, so erstreckt sich die Hypothek auf die Miet- oder Pachtzinsforderung [1]).

Soweit die Forderung fällig ist, wird sie mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt [2]). Ist der Miet- oder Pachtzins im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr; erfolgt die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs, so erstreckt sich die Befreiung auch auf den Miet- oder Pachtzins für das folgende Kalendervierteljahr [3]).

E I 1067, 1069 II 1031; M 3 651, 657ff., 664; P 3 549f., 553ff., 556, 560ff.

1. Der gesetzgeberische Grund für die **Haftung der Miet- oder Pachtzinsforderungen** ist, daß diese an die Stelle der dem Zugriff der Hypothekengläubiger durch die Vermietung oder Verpachtung entzogenen (§ 21 Abs 3 ZVG) Früchte oder Nutzungen treten sollen (M 3, 658; OLG 13, 202). Nach §§ 57, 57a, b, 152 ZVG werden Miet- oder Pachtverhältnisse auch durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nicht aufgehoben. Die Haftung nach § 1123 Abs 1 beginnt, wie bei den Früchten (§ 1120), mit der Hypothekeintragung, nicht erst mit der Beschlagnahme. Sie umfaßt grundsätzlich nicht nur die Zinsbeträge, die für die Zeit nach der Hypothekeintragung aus vorher abgeschlossenen Verträgen zu entrichten sind, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Fälligkeit, sondern sie erstreckt sich auch auf die rückständigen Zinsbeträge für die Zeit vorher (str.) und auf die durch spätere Miet- oder Pachtverträge begründeten Zinsforderungen (RG 68, 13; 81, 150). Einschränkungen dieses Grundsatzes ergeben die §§ 1123 Abs 2, 1124, 1125. Danach hat das dingliche Recht des Hypothekengläubigers an dem Miet- oder Pachtzins nicht eine die Befreiung von der Haftung oder Verfügungen des Eigentümers schlechthin verhindernde Wirkung (wie das Pfandrecht, das der § 1128 für die Haftung der Forderung gegen den Versicherer

vorsieht). Vielmehr muß der Hypothekengläubiger sein dingliches Recht an der Miet- oder Pachtzinsforderung durch Beschlagnahme geltend machen. Solange die Forderung nicht zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, kann sie nach Maßgabe des § 1123 Abs 2 von der Haftung frei werden und kann der Eigentümer über sie verfügen. Auch im Falle der Beschlagnahme bleibt eine vor der Beschlagnahme vorgenommene Verfügung des Eigentümers dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam, soweit sie sich nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als die im § 1124 Abs 2 bezeichnete bezieht. Unerheblich ist, ob der Miet- oder Pachtzins für das nackte Grundstück oder für das nach § 1120 der Hypothek mitverhaftete Zubehör zu entrichten ist (RG 136, 410). Ob der Zins in Geld oder in anderen Leistungen zu entrichten ist, macht für die Haftung gleichfalls keinen Unterschied. Ebensowenig, ob der Eigentümer oder der Eigenbesitzer oder ein dem Hypothekengläubiger im Range nachstehender Nießbraucher vermietet oder verpachtet hat (RG 68, 13; 81, 149; OLG 26, 141). Ein Nießbraucher kann auch, obwohl ihm nach §§ 1030, 99 Abs 3 die Mietzinsen zustehen (RG 68, 10; 80, 316; 81, 149), gegen die auf Grund eines dinglichen Schuldtitels bewirkte Pfändung der (nicht etwa gemäß § 1123 Abs 2 von der Haftung frei gewordenen) Mietzinsen durch den im Range vorgehenden Hypothekengläubiger nicht Widerspruchsklage nach § 771 ZPO erheben (§ 1124 A 5). Dagegen wird durch einen im Range vorgehenden (älteren) Nießbrauch das Recht des nachstehenden Hypothekengläubigers auf die Mietzinsen ausgeschlossen (OLG 15, 366).

2. Erfolgt die **Beschlagnahme** (über ihre Bedeutung für die Wirkung des dinglichen Rechts des Hypothekengläubigers an der Miet- oder Pachtzinsforderung s. A 1) nicht **innerhalb eines Jahres seit der Fälligkeit** der Zinsforderung, so wird diese frei. Die nach Ablauf eines Jahres seit der Fälligkeit erfolgende Beschlagnahme des rückständigen Zinses ist unwirksam. Jedoch enthält Abs 2 Satz 2 eine Einschränkung dieser Regel für den Fall, daß der Zins im voraus zu entrichten ist. Der Vollzug der Beschlagnahme ist im allgemeinen schon besprochen in § 1121 A 3. Im einzelnen ist hier aber zu bemerken: Die Einleitung der Zwangsversteigerung bewirkt nach § 21 Abs 2 ZVG nicht die Beschlagnahme der Miet- oder Pachtzinsforderungen (RG 64, 418; 76, 118; 81, 147; JW 1913, 55[47]). Die Beschlagnahme durch Einleitung der Zwangsverwaltung wird gemäß §§ 146, 148 ZVG dem Drittschuldner (der Zinsforderungen) gegenüber erst nach Maßgabe des § 22 Abs 2 ZVG (Kenntnis oder Zustellung des Zahlungsverbots) wirksam (RG 64, 416). Im übrigen kann die Beschlagnahme für den Hypothekengläubiger auch hier durch Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes (§§ 829, 845, 930 ZPO; RG 76, 117; 81, 148; 103, 139; Warn 1916 Nr 171; OLG 7, 38; 14, 109; 18, 165; a. M. 18, 169) oder durch Vollziehung einer nach Maßgabe des § 935 ZPO (Gefahr der Einziehung oder sonstigen Verfügung) erlassenen einstweiligen Verfügung bewirkt werden (RG 52, 138; OLG 23, 235; a. M. 3, 180; 21, 98). Dabei ist aber vorausgesetzt, daß diese Maßnahmen nicht lediglich wegen der durch die Hypothek gesicherten persönlichen Forderung, sondern wegen des dinglichen Anspruchs aus der Hypothek auf Grund eines dinglichen Schuldtitels erfolgen (RG 52, 138; 76, 116; 81, 147; 103, 139; Warn 1916 Nr 171; OLG 29, 245). Ist über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet, so ist zwar Pfändung und Arrestvollziehung in Mietzinsforderungen wegen der gegen den Gemeinschuldner bestehenden persönlichen Hypothekenforderung nach §§ 14, 15 KO nicht zulässig. Wohl aber kann der Hypothekengläubiger, der wegen des dinglichen Hypothekenrechts ein Absonderungsrecht hat (§ 47 KO) und die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren verlangen kann (§ 4 Abs 2 KO), auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels wegen dinglicher Ansprüche aus seiner Hypothek die Beschlagnahme auch gegenüber dem Konkursverwalter ausbringen, und zwar nicht nur durch Zwangsverwaltung oder Vollziehung einer einstweiligen Verfügung (RG 52, 140; OLG 10, 419; 15, 285), sondern auch durch Pfändung von Mietzinsforderungen (OLG 29 S. 245, 246; a. M. OLG 10, 419; 15, 285; anscheinend auch RG 52, 139). Die Abtretung von Mietzinsforderungen an einen Hypothekengläubiger hat nicht die Bedeutung der Beschlagnahme (RG 76, 119). Wenn das Grundstück zwangsversteigert wird, gebühren die Zinsforderungen gemäß § 56 ZVG von dem Zuschlag an dem Ersteher. Sie können von ausgefallenen früheren Hypothekengläubigern also nicht mehr in Anspruch genommen werden. Laufende Zinsforderungen werden zwischen Ersteher und Schuldner nach dem Verhältnis der Dauer ihrer Berechtigung gemäß § 101 Nr 2 verteilt. Nur auf den Anteil des Schuldners können die ausgefallenen Hypothekengläubiger Anspruch erheben (RG 64, 419; 86, 365; Warn 1912 Nr 230; OLG 5, 336). Ist zugleich das Zwangsverwaltungsverfahren eingeleitet, so darf der Versteigerungsrichter nicht die in der Zwangsverwaltungsmasse befindlichen Mietzinsforderungen zur Zwangsversteigerungsmasse ziehen und sie den Hypothekengläubigern zuweisen. Vielmehr ist es nach § 155 ZVG Sache des Zwangsverwalters, die Mietzinsforderungen, soweit die Hypothek sich auf sie erstreckt, geltend zu machen und auf die im § 10 Ziff 1—5 ZVG bezeichneten Ansprüche zu verteilen (RG Warn 1912 Nr 230; JW 1913, 55[47]). Hypothekengläubiger als Gläubiger der vierten Klasse sind hierbei nach § 10 Ziff 4 ZVG nur insoweit zu berücksichtigen, als laufende Beträge wiederkehrender Leistungen zu berichtigen sind. Sie bleiben also unberücksichtigt mit ihren Kapitalforderungen, es sei denn, daß sie betreibende Gläubiger sind und deshalb nach § 10 Ziff 5 ZVG auch mit der

Kapitalforderung zur Hebung gelangen. Etwaige Überschüsse der (nach Befriedigung des betreibenden Gläubigers) aufzuhebenden Zwangsverwaltung sind an den Schuldner auszuzahlen und können von seinen Gläubigern, auch von Hypothekengläubigern, die nicht betreibende Gläubiger sind, nur im Wege der Mobiliarpfändung in Anspruch genommen werden (RG JW 1913, 55[47]). Bei der Beschlagnahme im Wege der Zwangsverwaltung kann der Zwangsverwalter (§ 152 Abs 1 ZVG) auch die mit der Miet- oder Pachtzinsforderung verbundenen Nebenrechte an Stelle des Vermieters oder Verpächters (Grundstückseigentümers) geltend machen, namentlich dessen gesetzliches Pfandrecht nach § 559 oder § 585 (str.). Dasselbe gilt bei der Beschlagnahme durch Pfändung für den pfändenden Hypothekengläubiger, wenn ihm die Miet- oder Pachtzinsforderung überwiesen ist (§§ 835, 836 ZPO).

3. Abs 2 Satz 2 bedeutet: Ist entgegen der Regel der §§ 551, 584 kraft besonderer Vereinbarung **der Miet- oder Pachtzins im voraus zu entrichten,** so kann der Mieter oder Pächter sich wegen des Zinses für bestimmte Zeit **nicht auf die Befreiung von der Haftung** nach Abs 2 Satz 1 berufen, wenn er mit dem Zins, der für einen über ein Jahr hinausgehenden Zeitraum im voraus zu entrichten war, ein Jahr lang im Rückstande ist und erst nach Ablauf des Jahres die Beschlagnahme erfolgt. Nach der früheren Fassung des Gesetzes war dies der Zins „für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr". Wenn z. B. der Mieter oder Pächter den Zins am 1. Januar 1913 für 2 Jahre im voraus hätte zahlen sollen und die Beschlagnahme am 1. Mai 1914 erfolgte, ohne daß bisher Zahlung geleistet war, so haftete danach dem Hypothekengläubiger zwar gemäß Abs 2 Satz 1 nicht der Zins für die Zeit bis zum 1. Oktober 1914, wohl aber gemäß dem bisherigen Abs 2 Satz 2 der Zins für die spätere Zeit bis zum 1. Januar 1915. Durch Art 2 Ges. zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 1915 hat Abs 2 Satz 2 die jetzige Fassung erhalten. Jetzt erstreckt sich also die Befreiung nicht auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr, es sei denn, daß die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs erfolgt; in diesem Ausnahmefall erstreckt sich die Befreiung auch noch auf den Zins für das folgende Kalendervierteljahr. Mithin würde, wenn dieses Gesetz in den vom Beispiel gewählten Zeiträumen bereits in Kraft gewesen wäre, dem Hypothekengläubiger nur noch der Zins für die Zeit bis zum 1. Juli 1914 nicht haften. „Innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs" bedeutet nach § 189 Abs 1 „innerhalb der letzten fünfzehn Tage eines Kalendervierteljahrs", also im März und Dezember die Tage vom 17. bis zum 31., im Juni und September die Tage vom 16. bis zum 30. (nach anderer Meinung soll der letzte halbe Monat stets am 16. des betreffenden Monats beginnen). Nach jenem Beispiel würde daher, wenn die Beschlagnahme z. B. am 16. oder 30. Juni 1914 erfolgt wäre, wie nach der bisherigen Gesetzesfassung dem Hypothekengläubiger der Zins für die Zeit bis zum 1. Oktober 1914 nicht haften. Das Gesetz ist am 20. 6. 1915 in Kraft getreten (Art 6). Übrigens führt § 1124 Abs 2 auch dann zu demselben Ziel, wenn vor der Beschlagnahme der Zins bezahlt oder in anderer Weise über ihn verfügt ist (§ 1124 A 7). Aus § 1123 Abs 2 Satz 2, § 1124 Abs 2 ergibt sich daher der Grundsatz, daß dem Hypothekengläubiger der Zins für die genannten, der Beschlagnahme nachfolgenden Zeiten unter allen Umständen haften soll (M 3, 664; Prot 3, 562). Nach der **4. NotVO v. 8. 12. 1931** Teil III § 12 (RGBl 1931 I 711) sind die §§ 1123, 1124, soweit sie die Wirksamkeit von Verfügungen und Rechtsgeschäften in Ansehung von Miet- und Pachtzinsforderungen gegenüber den Hypothekengläubigern betreffen, einstweilen mit der Änderung anzuwenden, daß die in ihnen erwähnten Verfügungen und Rechtsgeschäfte nur **für den laufenden Kalendermonat** und, wenn die Verfügung oder das Rechtsgeschäft nach dem 15. Tage des Monats vorgenommen wird, für **den folgenden Kalendermonat** wirksam sind. Diese Regelung ist als vorübergehende Notmaßnahme gedacht. Wie lange sie gelten wird, ist nicht abzusehen.

§ 1124

Wird der Miet- oder Pachtzins eingezogen [1]), bevor er zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, oder wird vor der Beschlagnahme [2]) in anderer Weise über ihn verfügt [3]), so ist die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam [4]). Besteht die Verfügung in der Übertragung der Forderung auf einen Dritten, so erlischt die Haftung der Forderung [5]); erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht es der Hypothek im Range vor [6]).

Die Verfügung ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr bezieht; erfolgt die Be-

schlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs, so ist die Verfügung jedoch insoweit wirksam, als sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für das folgende Kalendervierteljahr bezieht[7]).

Der Übertragung der Forderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird [5]).

E I 1069 II 1032; M 3 663f.; P 3 560ff.

1. Unter **Einziehung** ist nicht nur Erfordern und Annahme der Zahlung zu verstehen, sondern auch Aufrechnung des Vermieters oder Verpächters und Annahme einer Hingabe an Zahlungs Statt auf die Zinsforderung. Hierher gehören weiter auch die Hinterlegung des Zinsbetrags durch den Mieter oder Pächter unter Ausschließung des Rechts zur Zurücknahme (§§ 372, 376) und die Aufrechnung des Mieters oder Pächters. Denn auch diese Maßnahmen haben nach §§ 378, 389 kraft Gesetzes die gleiche Wirkung wie die Annahme der Zahlung durch den Vermieter oder Verpächter (§ 1125; OLG 34, 208; aber wegen der Hinterlegung auch A 4).

2. Die Einziehung der Zinsforderung oder die sonstige Verfügung darüber ist dem Hypothekengläubiger gegenüber nur dann wirksam, wenn sie **vor der Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers** erfolgt. Die Bedeutung der Beschlagnahme für die Wirkung des dinglichen Rechts des Hypothekengläubigers an der Miet- und Pachtzinsforderung ist in § 1123 A 1 erörtert. Nach der Beschlagnahme ist die Einziehung (Verfügung) gegenüber dem Gläubiger ohne Wirkung. Die Haftung der Forderung für seine Hypothek bleibt bestehen, insbesondere gilt im Falle der Einziehung ihm gegenüber die Forderung als noch ungetilgt. Wie die Beschlagnahme der Miet- oder Pachtzinsen durch einen Hypothekengläubiger bewirkt werden kann, ist bereits in § 1123 A 2, § 1121 A 3 besprochen. Hervorzuheben ist besonders, daß die Beschlagnahme auch dadurch erfolgen kann, daß der Hypothekengläubiger auf Grund eines dinglichen (mangelfreien: **RG** Warn 1917 Nr 292) Vollstreckungstitels gegen den Grundstückseigentümer dessen Mietzinsforderungen gemäß §§ 828, 829 ZPO pfänden läßt (**RG** 81, 147; 86, 138; 88, 101; 101, 9; 103, 139; Gruch 58, 1032; Warn 1922 Nr 67; OLG 26, 144). Über die Beschlagnahme im Falle eines an dem Grundstück bestellten Nießbrauchs vgl. A 5. War die (z. B. durch Anordnung der Zwangsverwaltung) erfolgte Beschlagnahme zur Zeit der Verfügung über Miet- und Pachtzinsen bereits auf Beschwerde durch vollstreckbare Entscheidung des Beschwerdegerichts wieder aufgehoben, so ist die Verfügung auch dann wirksam, wenn auf weitere Beschwerde die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Beschwerde gegen die erstinstanzliche Anordnung der Beschlagnahme zurückgewiesen wird. Das gilt aber nicht, wenn vor der Verfügung die Vollziehung der Entscheidung des Beschwerdegerichts gemäß § 572 Abs 2, 3 ZPO ausgesetzt worden war (**RG** 84, 200). Zahlt der Mieter oder Pächter im Falle der Zwangsverwaltung zwar nach der Beschlagnahme, aber vor der Kenntnis von ihr oder vor der Zustellung des Zahlungsverbots (§§ 22 Abs 2, 23 Abs 2 Satz 1, 151 Abs 3 ZVG) an den Vermieter oder Verpächter oder an dessen Zessionar oder Pfandgläubiger, so wird er befreit, da die Beschlagnahme vorher gegen ihn nicht wirksam ist (§ 1123 A 2). Der Hypothekengläubiger kann dann nur einen Anspruch auf Erstattung gegen die Zahlungsempfänger erheben, und zwar aus dem Grunde der ungerechtfertigten Bereicherung, wenn sie gutgläubig, aus dem Grunde der unerlaubten Handlung, wenn sie schlechtgläubig hinsichtlich der Beschlagnahme waren. Ferner sind nach § 1123 Abs 2 Satz 1 mehr als einjährige Rückstände von der Haftung frei. Sie werden also von der Beschlagnahme nicht betroffen (§§ 20 Abs 2, 146, 148 ZVG). Der Mieter oder Pächter wird daher durch ihre Zahlung befreit, auch wenn er die Beschlagnahme kennt (**RG** 81, 147).

3. Eine **andere Verfügung** als Einziehung ist z. B. die Übertragung oder der Erlaß seitens des Vermieters oder auch die Aufrechnung der Mietzinsforderung mit einer Forderung des Mieters gegen den Vermieter durch Aufrechnungsvertrag, der nicht (**RG** 72, 378) wie die einseitige Aufrechnung (§ 387) Fälligkeit erfordert (OLG 34, 208). Ferner gehört hierher die Belastung der Forderung, z. B. durch Verpfändung. Weiter stehen den rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Vermieters die Verfügungen gleich, die gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung durch Pfändung und Überweisung (§§ 804, 829, 835, 836 ZPO) bewirkt werden (**RG** 29, 240; 58, 185; 59, 184; 64, 418; 76, 118; 80, 316; 93, 124; 103, 140; Gruch 59, 1063; Warn 1915 Nr 62; 1916 Nr 171; OLG 4, 229; 7, 24ff.; 8, 208; 10, 122; 26, 143; JW 1927, 861[20]). Auch die Einleitung der Zwangsverwaltung — sei es durch einen dinglichen, sei es durch einen persönlichen Gläubiger — gehört hierher (§§ 21 Abs 2, 148 Abs 1, 155 Abs 2, 10 Nr 1, 4 ZVG; **RG** JW 1913, 55[47]). Erfolgt die Pfändung wegen des dinglichen Anspruchs eines Hypothekengläubigers, so ist darin zugleich eine Beschlagnahme enthalten (A 2; **RG** 103, 140; JW 1927, 861[20]). Im Falle des Konkurses des Vermieters sind gemäß § 6 Abs 2 KO die Verfügungen des Konkursverwalters maßgebend (**RG** 23, 59; 52, 140; 64, 32; JW 1903 Beil 101). Wegen der Bestellung eines Nießbrauchs s. A 5. Keine Verfügung im Sinne von § 1124 stellen Abmachungen dar, die nicht zur Befriedigung, sondern lediglich zur Bemessung des Pacht- oder Mietzinses getroffen sind, mögen sie auch naturgemäß auf die Erfüllung des Vertrags einwirken oder mit ihr verknüpft sein (**RG** 136, 414).

4. Da vor der Beschlagnahme **die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam** ist, so wird das hypothekarische Recht an der Mietzinsforderung, wenn und soweit diese durch die Verfügung aufgehoben oder beschränkt wird, ebenfalls beseitigt oder eingeschränkt. Wird z. B. die Zinsforderung mit dem Recht eines Dritten belastet, das diesen zur Einziehung der Forderung berechtigt (z. B. mit einem rechtsgeschäftlichen Pfandrecht oder einem Pfändungspfandrecht: §§ 1282 BGB, 804, 829 ZPO), so wird zwar dadurch die Forderung von der Haftung noch nicht frei, aber das Recht geht (soweit nicht die Vorschrift des Abs 2 Platz greift) der Hypothek im Range vor (A 6), auch wenn es für einen persönlichen Gläubiger oder für einen nachstehenden Hypothekengläubiger begründet worden ist. Wenn dann der Dritte die Forderung einzieht, so erlischt die Haftung (**RG** 58, 185; 59, 177; 76, 118; 76, 135; Warn 1915 Nr 117; 1916 Nr 170, 171; 1917 Nr 18; OLG 4, 229; 7, 25; 8, 208; 26 S 95, 143). Haben mehrere Hypothekengläubiger gepfändet, so geht das ältere Pfändungspfandrecht ohne Rücksicht auf den Rang der Hypotheken (immer vorausgesetzt, daß nicht Abs 2 Platz greift) vor. Zieht der Konkursverwalter (A 3) Miet- oder Pachtzinsen vor der Beschlagnahme ein, so haben die Hypothekengläubiger keinen Anspruch auf den eingezogenen Betrag. Dieser fließt vielmehr zur Konkursmasse des Vermieters, da die Zinsforderung durch die rechtmäßige Einziehung getilgt und daher das dingliche Recht der Hypothekengläubiger daran erloschen ist (**RG** 23, 59; 52, 140; 64, 32; JW 1895, 506[12]; 1903 Beil 101). Ein bloßer Widerspruch gegen die Einziehung oder die Beanspruchung der Zinsbeträge gegenüber dem Verwalter nützt dem Hypothekengläubiger nichts (str.). Er muß die Beschlagnahme (§ 1123 A 2) ausbringen, wenn er gegen die Einziehung durch den Verwalter gesichert sein will (**RG** 52, 140; JW 1895, 506[12]). Das (namentlich im Falle der Einziehung) Empfangene tritt nicht in die Haftung ein. Im Falle der Hinterlegung (A 1) ist aber auch der Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle als Anspruch aus dem Mietverhältnis anzusehen. An ihm setzt sich mithin die Haftung ebenso fort, wie ein rechtsgeschäftliches oder durch Pfändung erlangtes Pfandrecht (§§ 1281, 1287; **RG** 49, 359; 74, 108). Wenn also über das Vermögen des Grundstückseigentümers der Konkurs eröffnet wird, so ist der Konkursverwalter nicht berechtigt, über das hinterlegte Geld zu verfügen und es den Hypothekengläubigern, die ihr Absonderungsrecht daran geltend machen, zu entziehen (**RG** 74, 109). — Aus der Bestimmung, daß die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber vor der Beschlagnahme wirksam ist, folgt nur, daß der Eigentümer bis zur Beschlagnahme über die Mietzinsforderungen trotz ihrer Haftung für die Hypothek so verfügen darf wie andere Schuldner über ihr pfandfreies Vermögen. Sowenig aber andere Schuldner über ihr Vermögen zum Zwecke der Benachteiligung ihrer Gläubiger verfügen dürfen, ebensowenig darf das der Hypothekenschuldner über die Mietzinsforderungen. Liegen bei der Verfügung des Eigentümers die Voraussetzungen der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz vor, so hat der Hypothekengläubiger nach § 7 AnfG gegen den durch die Verfügung Erwerbenden (z. B. den Zessionar) einen Anspruch auf Rückgewähr. Da das erloschene Pfandrecht nicht wiederhergestellt werden kann, ist dieser Anspruch darauf zu richten, daß der Hypothekengläubiger aus den ihm in anfechtbarer Weise entzogenen ehemaligen Pfandgegenständen seine Befriedigung suchen dürfe (**RG** Gruch 57, 1005; Warn 1917 Nr 70; JW 1919, 572[7]; OLG 26 S. 128, 145). Dieses Anspruchs geht der Hypothekengläubiger nicht dadurch verlustig, daß in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks sein dingliches Recht durch den Zuschlag erlischt, ohne daß er aus dem Versteigerungserlöse Befriedigung erlangt (**RG** Warn 1917 Nr 70). Die Bestellung des Nießbrauchs am Grundstück ist keine Verfügung im Sinne des § 1124 (A 5). Sie kann auch von persönlichen Gläubigern des Eigentümers nicht angefochten werden, wenn nach Deckung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und der laufenden Hypothekenzinsen kein Überschuß aus den Einnahmen, insbesondere den Mietzinsen, verbleibt (**RG** Gruch 44, 962; 51, 1110; Warn 1911 Nr 354; 1912 Nr 469; 1914 Nr 354; 1917 Nr 18).

5. Der rechtsgeschäftlichen **Übertragung an einen Dritten,** wodurch die **Haftung der Zinsforderung erlischt,** steht gleich die Überweisung an Zahlungs Statt im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 835, 836 ZPO; A 3). Dasselbe gilt nach Abs 3 im Falle der Veräußerung des Grundstücks unter Vorbehalt der Zinsforderung für den Veräußernden. Streitig ist, ob die Bestellung eines Nießbrauchs am Grundstück hierunter fällt, ob also bereits durch die Bestellung des Nießbrauchs die Haftung der nunmehr dem Nießbraucher zustehenden Miet- oder Pachtzinsen erlischt. Dies ist zu verneinen. Die Bestellung des Nießbrauchs enthält keine rechtsgeschäftliche Übertragung der einzelnen Zinsforderungen. Diese entstehen vielmehr, wie sich aus §§ 577, 571 Abs 1 ergibt, in der Zeit nach der Belastung des Grundstücks mit dem Nießbrauch neu in der Person des Nießbrauchers (**RG** 68, 13; 80, 316; 81, 149; 101, 9; Gruch 58, 1032). Auch ist die Nießbrauchsbestellung überhaupt keine Verfügung über die Zinsforderungen im Sinne des Abs 1 Satz 1, sondern nur eine Verfügung über das Grundstück selbst (**RG** 68, 10; 81, 149; 88, 101; Gruch 58, 1032; 59, 1062; Warn 1915 Nr 62; 1916 Nr 171; 1917 Nr 18; 1922 Nr 67; SeuffA 61 Nr 9; OLG 14, 130; a. M. OLG 4, 328). Deshalb erlangt der Nießbraucher dadurch nicht etwa gemäß Abs 1 Satz 2 Halbs 2 ein Recht an den Zinsforderungen, das den (sei es auch früher bestellten) Hypotheken im Range vorgeht. Vielmehr bestimmt sich das Rangverhältnis zwischen dem Nießbrauch und den Hypotheken nach § 879, insbesondere dahin, daß das unter Angabe eines

früheren Tages im Grundbuch eingetragene Recht den Vorrang hat (RG 81, 150; 88, 101; Gruch 58, 1032; 59, 1062; § 1123 A 1). Erst wenn der Nießbraucher die Zinsforderungen einzieht (A 4) oder in anderer Weise darüber verfügt, insbesondere sie an einen Dritten überträgt (Abs 1 Satz 2 Halbs 1), erlischt die Haftung dieser Forderungen für die Hypothek (RG 68, 13; 93, 124; 101, 9). Überläßt der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs nach § 1059 einem andern, so liegt auch darin keine Verfügung. Der andere erlangt keine dingliche, sondern nur eine schuldrechtliche Rechtsstellung zum Nießbraucher. Die dem Nießbrauch unterliegenden Mietzinsforderungen gehen nicht in sein Vermögen über. Er ist nur berechtigt, die Mietzinsforderungen für eigene Rechnung, aber nicht in eigenem Namen einzuziehen (RG 101, 6). Die Hypothekengläubiger sind auf Grund eines dinglichen Vollstreckungstitels zu der (eine Beschlagnahme enthaltenden: A 2) Pfändung der Mietzinsen für das zur Zeit der Pfändung laufende und gegebenenfalls (§ 1124 Abs 2 Halbs 2) folgende Kalendervierteljahr mit Wirkung gegenüber dem Nießbrauch und der Übertragung seiner Ausübung berechtigt, solange nicht der Nießbraucher oder der Ausübungsberechtigte diese Mietzinsen eingezogen oder sonst über sie verfügt hat (RG 101, 9). Anderseits tritt der Nießbraucher nach §§ 1030, 99 Abs 3 mit der Bestellung des Nießbrauchs in die, wenn auch noch betagten, Mietzinsforderungen kraft eigenen Rechts dergestalt als Berechtigter ein, daß sie als aus dem Vermögen des Eigentümers ausgeschieden zu gelten haben (RG 80, 316; 81, 149; 86, 138; 93, 123). Deshalb ist eine (rechtsgeschäftliche) Übertragung der, wenn auch betagten, Mietzinsforderungen durch den Eigentümer an den Nießbraucher nichtig, weil dieser seine eigenen Forderungen nicht nochmals erwerben kann (RG 80, 316; 86, 138; Warn 1922 Nr 67). Hat jedoch die Abtretung bereits vor der Nießbrauchbestellung stattgefunden, so bleibt sie als Verfügung im Sinne des § 1124 in Geltung (RG Warn 1922 Nr 67). Hat der Nießbraucher gegen den Grundstückseigentümer eine vollstreckbare Forderung, so kann er Mietzinsen, obwohl sie ihm ohnehin zustehen, doch noch für sich pfänden lassen. Denn er schützt sich dadurch noch besonders gegenüber anderen Gläubigern des Grundstückseigentümers (RG 86, 135; Warn 1916 Nr 170). Dies ist namentlich von Bedeutung, wenn ein (anderer) Hypothekengläubiger die Beschlagnahme ausbringt. Erfolgt die Beschlagnahme durch Pfändung der Mietzinsen (A 2), so ist nur erforderlich, daß die Pfändung gegen den Grundstückseigentümer auf Grund eines gegen ihn gerichteten dinglichen Schuldtitels bewirkt wird. Denn dadurch wird in gesetzmäßiger Weise der Wille des Hypothekengläubigers gegenüber dem Hypothekenschuldner zum Ausdruck gebracht, die Mietzinsen endgültig zur Deckung der Hypothekenforderung in Anspruch zu nehmen und dem Hypothekenschuldner die Verfügung darüber zu entziehen (RG 81, 147; 88, 101; Warn 1916 Nr 170; 1922 Nr 67). Zur Beschlagnahme ist nicht erforderlich, daß der Hypothekengläubiger auch einen Schuldtitel auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Nießbraucher erlangt hat und daß die Pfändung auch gegen den Nießbraucher bewirkt wird. Denn die Beschlagnahme kann begrifflich nur gegen den Hypothekenschuldner ausgebracht werden; der Nießbraucher am Grundstück ist aber nicht Hypothekenschuldner (str.; vgl. RG Gruch 58, 1033; 59, 1063; 60, 863; a. M. RG 93, 124; Warn 1922 Nr 67; dahingestellt gelassen in RG 101, 10, weil dort ein Duldungstitel gegen den Nießbraucher vorlag und angenommen wurde, daß die Zwangsvollstreckung auch gegen den Nießbraucher dadurch bewirkt sei, daß ihm der ergangene Pfändungsbeschluß ebenso wie dem Eigentümer und den Mietern zugestellt worden sei). Auch zur Pfändung ist an sich nicht erforderlich, daß sie außer gegen den Grundstückseigentümer auch gegen den Nießbraucher an dem Grundstück vorgenommen wird. Die Bestimmung in § 737 ZPO, wonach die Zwangsvollstreckung in die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände ohne Rücksicht auf den Nießbrauch zulässig ist, wenn der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist, bezieht sich nur auf den Nießbrauch an einem Vermögen und beruht auf der Vorschrift des § 1086 BGB, wonach wegen Forderungen, die gegen den Besteller des Nießbrauchs an einem Vermögen vor der Bestellung entstanden sind, die Gläubiger ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen können (str.; RG 81, 151; Gruch 58, 1033; 59, 1063; 60, 862; a. M. RG 93, 124). Übrigens könnte der Hypothekengläubiger einen Duldungstitel gegen den Nießbraucher an dem Grundstück nur erlangen, wenn er dem Nießbraucher im Range vorginge und die Mietzinsen noch nicht nach § 1123 Abs 2 oder § 1124 von der Haftung für seine Hypothek frei geworden wären, insbesondere der Nießbraucher noch nicht darüber verfügt hätte. Nun kann allerdings der Nießbraucher die Unzulässigkeit der gegen den Eigentümer gerichteten Pfändung der Mietzinsen mit der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO geltend machen, weil ihm die Mietzinsen zustehen. Hat aber der auf Grund eines dinglichen Vollstreckungstitels pfändende Hypothekengläubiger mit seiner Hypothek den Vorrang vor dem Nießbrauch, so kann er die Widerspruchsklage durch Berufung auf sein besseres Recht zurückschlagen (RG 81, 150; 86, 138; 88, 101; Gruch 58, 1031; Warn 1915 Nr 62, 256; 1916 Nr 171; JW 1921, 239[11]; OLG 26, 142). Sind jedoch die Mietzinsen auch vom Nießbraucher (z. B. auf Grund eines dinglichen Schuldtitels aus einer für ihn eingetragenen, im Range nachstehenden Hypothek) und zwar schon früher gepfändet, so geht der Nießbraucher jenem Hypothekengläubiger vor. Denn die Pfändung enthält eine Verfügung (A 3), und durch diese vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung sind die gepfändeten Mietzinsen von der Haftung für die Hypothek frei geworden (RG Gruch 60, 860).

Hat dagegen der Nießbraucher eine Pfändung nicht ausgebracht, so kann er sich nicht darauf berufen, daß auch ihm eine Hypothek zustehe und daß der Nießbrauch zur höheren Sicherheit der Hypothekenforderung diene. Das gilt selbst dann, wenn seine Hypothek der Hypothek des pfändenden Gläubigers im Range vorgeht. Denn der Nießbrauch ist rechtlich ein besonderes, selbständiges, seine Kraft Dritten gegenüber nur aus seiner Eintragung ziehendes Recht, das an dem Range der Hypothek, zu deren Sicherheit es bestellt ist, nicht teilnimmt. Da die Pfändung des anderen Hypothekengläubigers eine Verfügung enthält (A 3), unterliegen die gepfändeten Mietzinsen der Haftung für die Hypothek des Nießbrauchers mangels vorheriger Beschlagnahme für diesen nach § 1124 Abs 1 Satz 1 nicht mehr (**RG** 101, 9; Gruch 58, 1033; Warn 1915 Nr 62). Gleiches gilt, wenn der Nießbraucher zwar dieselben Mietzinsen auf Grund seiner vorgehenden Hypothek ebenfalls gepfändet hat, aber erst später; denn schon vorher war durch die frühere Pfändung über die Mietzinsen im Sinne des § 1124 verfügt worden (**RG** Warn 1915 Nr 117). Jedoch ist im ersten und im dritten Falle in Betracht zu ziehen, daß die Pfändung auf Grund eines dinglichen Schuldtitels gegen den Eigentümer zugleich eine Beschlagnahme enthält (s. oben); ferner ist die Vorschrift des § 1124 Abs 2 zu beachten; schließlich ist zu berücksichtigen, daß bei einer Beschlagnahme durch mehrere Hypothekengläubiger grundsätzlich die des vorgehenden Hypothekengläubigers das Vorrecht gewährt. Danach stehen in beiden Fällen dem früher pfändenden, aber nachstehenden Hypothekengläubiger (im ersten Falle also dem Nießbraucher) nur die Mietzinsen für das Kalendervierteljahr, in dem die Beschlagnahme durch den vorgehenden Hypothekengläubiger erfolgt ist, und gegebenenfalls (Beschlagnahme im letzten halben Monat) noch für das folgende Kalendervierteljahr zu, während auf die weiteren Mietzinsen der zwar später pfändende, aber dadurch beschlagnahmende, im Range vorgehende Hypothekengläubiger (im dritten Falle also der Nießbraucher) Anspruch hat (**RG** Gruch 59, 1061; 60, 860). Die Anfechtbarkeit der Nießbrauchsbestellung nach dem AnfG behandeln **RG** Gruch 51, 1107; Warn 1914 Nr 162; JW 1918, 176; 1919, 572. — Auch wenn die Übertragung an einen Hypothekengläubiger erfolgt, erlischt die Haftung für die anderen Hypothekengläubiger, gleichviel, ob diese jenem im Range nachstehen oder vorgehen. Das Gesetz macht in der Wirkung der Übertragung keinen Unterschied bezüglich der Person des Dritten (str.; OLG 18, 169; 26, 143; a. M. 18, 165). — Das für die Übertragung geleistete Entgelt haftet den Hypothekengläubigern nicht.

6. **Ein Dritter erlangt ein Recht an der Zinsforderung** durch eine Verfügung z. B. dann, wenn ihm vom Vermieter die Zinsforderung verpfandet wird oder wenn er gegen den Vermieter die Forderung für sich pfänden läßt (A 3). Ein solches Recht **geht der Hypothek im Range vor,** auch wenn diese bereits vor seiner Erlangung bestand. Jedoch haftet die Forderung mit der aus dem Recht sich ergebenden Beschränkung für die Hypothek weiter. Bringt der Hypothekengläubiger die Beschlagnahme aus, so kann er (falls nicht inzwischen die Zinsforderung eingezogen oder an einen Dritten übertragen ist: A 4, 5) den zur Befriedigung des Rechts nicht erforderlichen Teil der Forderung für sich in Anspruch nehmen (str.). Über die Wirkung der Bestellung eines Nießbrauchs am Grundstück vgl. A 5.

7. Wurde von einem Hypothekengläubiger die **Beschlagnahme ausgebracht** (A 2), so waren nach der früheren Gesetzesfassung **ihm gegenüber Vorausverfügungen** über Zinsforderungen **für eine spätere Zeit als das** zur Zeit der Beschlagnahme „laufende und das folgende Kalendervierteljahr" unwirksam. Wenn z. B. die Beschlagnahme am 1. Mai eines Jahres erfolgt war, hatte der Hypothekengläubiger Anspruch auf die Miet- oder Pachtzinsen für die Zeit vom 1. Oktober desselben Jahres ab, auch wenn sie vorher einem Dritten übertragen, verpfändet, überwiesen waren (A 3, 5; **RG** 64, 416). Durch Art 2 des Ges zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- oder Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 1915 hat Abs 2 die jetzige Fassung erhalten. Danach ist die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme **laufende Kalendervierteljahr** bezieht; erfolgt aber **die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs,** so ist die Verfügung insoweit wirksam, als sie sich auf den Zins **für das folgende Kalendervierteljahr** bezieht. Die Bedeutung der Worte „innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs" erörtert § 1123 A 3. Nunmehr ist also im Falle der Beschlagnahme am 1. Mai eine frühere Verfügung schon vom 1. Juli ab, im Falle der Beschlagnahme am 16. oder 30. Juni erst vom 1. Oktober desselben Jahres ab dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam. Das Gesetz ist am 20. 6. 1915 in Kraft getreten (Art 6). Eine Übergangsbestimmung gibt Art 4. Unter „Verfügung ... bezieht sich" ist zu verstehen eine Verfügung, die denjenigen Mietzins zum Gegenstand hat, der das Entgelt für die Gewährung des Mietgebrauchs während des betreffenden Kalendervierteljahrs darstellt (**RG** Gruch 59, 1063). Jede Einziehung oder sonstige Verfügung ist, soweit sie sich auf die spätere Zeit bezieht, gegenüber dem Hypothekengläubiger, der die Beschlagnahme erwirkt hat, unwirksam, gleichviel ob sie bereits in dem Mietvertrag erfolgt ist (vgl. den Fall in **RG** 127, 116) oder erst später getroffen wird (LZ 1917, 1103; JW 1932 S. 3013[17], 3207[35]; Brandis und Oppenheim in JW 1933 S. 881, 888; a. M. JW 1930, 2986[12]; 1933, 927[14]; HRR 1929 Nr 2035). Eine Verfügung im Sinne des § 1124 Abs 2 liegt insbesondere dann vor, wenn die Vorauszahlung der

Miete für einen längeren Zeitraum in Abweichung von dem ursprünglichen und maßgebenden Mietvertrag nachträglich vereinbart ist (RG Warn 1933 Nr 99). Falls die Zinsforderung vorher eingezogen worden ist (A 1), kann der Hypothekengläubiger vom Mieter oder Pächter nochmals Zahlung des Zinses für diese Zeit verlangen. Vgl. jedoch A 2 über den Zeitpunkt, in dem die Beschlagnahme gegenüber dem Mieter oder Pächter wirksam wird. — Hat der Hypothekengläubiger die Beschlagnahme im Wege der Pfändung (wegen seines dinglichen Anspruchs) ausgebracht, so kann er seinen Anspruch auf die Zinsbeträge ohne Überweisung mit der hypothekarischen Klage geltend machen. Auch ist im Falle der Beschlagnahme durch Zwangsverwaltung gemäß § 152 ZVG der Zwangsverwalter berechtigt, die Zinsbeträge zur Masse einzuziehen mit der Maßgabe, daß das dingliche Recht des Hypothekengläubigers die eingezogenen Beträge ergreift (RG 44, 310; 80, 314; JW 1913, 55[47]; OLG 34, 208). Anderen Hypothekengläubigern, die nicht auch eine Beschlagnahme ausgebracht haben, steht ein Anspruch auf die Zinsbeträge nicht zu. Eine Vorausverfügung (z. B. Abtretung der Miet- oder Pachtzinsforderung für die Zeit, die über die freigelassene hinausgeht) zugunsten eines Hypothekengläubigers ist gegenüber dem Hypothekengläubiger, der die Beschlagnahme ausbringt, ebenfalls unwirksam, mag auch dieser Hypothekengläubiger jenem im Range nachstehen (str.; OLG 18, 169; a. M. 18, 168). Dies gilt auch dann, wenn beide Hypothekengläubiger die Zinsforderung gepfändet haben, der eine aber nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels wegen seiner persönlichen Forderung, der andere dagegen auf Grund eines dinglichen Titels. Denn nur diese Pfändung bewirkt die Beschlagnahme (A 2), während jene sich als (unwirksame) Vorausverfügung darstellt. Ist die Vorausverfügung erst nach der Beschlagnahme geschehen, so ist sie dem Hypothekengläubiger gegenüber überhaupt unwirksam (A 2; vgl. dort a. E. aber auch über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beschlagnahme gegenüber dem Mieter oder Pächter im Falle der Zwangsverwaltung). Dies gilt aber nicht, wenn zwei Hypothekengläubiger die Zinsforderung nacheinander auf Grund dinglicher Schuldtitel pfänden und die Hypothek des später pfändenden Gläubigers der des früher pfändenden im Range vorgeht. Bei einem solchen Wettstreit der ihr dingliches Recht durch Pfändung verwirklichenden Hypothekengläubiger ist für die Wirkung der Pfändung nach §§ 879ff. das Rangverhältnis zwischen den Hypotheken maßgebend. Im Verhältnis der beiden Hypothekengläubiger zueinander ist also die Pfändung des vorgehenden Gläubigers, obwohl sie die spätere ist, als Beschlagnahme, die Pfändung des nachstehenden Gläubigers, obwohl sie die frühere ist, als (unwirksame) Vorausverfügung anzusehen (str.; RG 103, 140; Warn 1915 Nr 117; OLG 26, 144; 39, 252). Soweit die vorher erfolgte Vorausverfügung nur den freigelassenen Zeitraum betrifft, kommt Abs 1 zur Anwendung. Daher geht z. B. im Falle der Vorauspfändung der Pfändungsgläubiger bezüglich eines solchen Zinsteils dem Hypothekengläubiger im Range vor (OLG 39, 252; A 6). — Auch eine an sich unwirksame Vorausverfügung wird, weil die Unwirksamkeit nur gegenüber dem die Beschlagnahme ausbringenden Hypothekengläubiger besteht (RG 64, 420; OLG 8, 6), wirksam, wenn der Gläubiger sie nachträglich genehmigt oder anderweitig befriedigt wird oder auf die Hypothek verzichtet oder wenn die Beschlagnahme wieder wegfällt (RG 64, 420). Daraus folgt: Derjenige, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgt ist, kann dem Hypothekengläubiger, der sich auf die Unwirksamkeit der Verfügung kraft seiner Beschlagnahme beruft, den Einwand entgegensetzen, daß die Beschlagnahme nicht rechtsgültig sei, z. B. dem Hypothekengläubiger ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel nicht zur Seite stehe (RG Warn 1917 Nr 292). Gegen denjenigen, der vor der Beschlagnahme die Miet- oder Pachtzinsforderung für die Zeit, die über die freigelassene hinausgeht, übertragen erhalten oder ein Recht daran (z. B. Pfandrecht, Pfändungspfandrecht) erlangt und dann die Forderung im voraus eingezogen hat, steht dem demnächst beschlagnahmenden Hypothekengläubiger überhaupt kein Anspruch zu, weder ein Anspruch auf Erstattung des eingezogenen Betrags noch auf Rückübertragung oder Beseitigung des an der Forderung erlangten Rechts. Denn bei einem solchen Sachverhalt liegt weder eine ungerechtfertigte Bereicherung noch eine unerlaubte Handlung vor noch ist sonst ein rechtlicher Grund für einen Anspruch ersichtlich (str.). Parallelvorschriften zum § 1124 enthalten die §§ 573, 574 BGB, §§ 57, 57b ZVG, § 21 Abs 2, 3 KO: Unwirksamkeit von Vorausverfügungen gegenüber dem Grundstückserwerber, dem Grundstücksersteher, der Konkursmasse des Vermieters oder Verpächters. Die Fristberechnung des § 1124 Abs 2 greift auch dann Platz, wenn die Zwangsverwaltung während eines früher eingeleiteten Konkursverfahrens angeordnet war und der Konkursverwalter das ursprünglich zur Konkursmasse gezogene Mietgrundstück erst nach der Beschlagnahme in der Zwangsverwaltung aus der Konkursmasse freigegeben hat (RG 138, 72). Sind Mietzinsen von einem Hypothekengläubiger auf Grund eines dinglichen Schuldtitels gepfändet, so daß eine Verfügung und zugleich eine Beschlagnahme vorliegt (A 3), und wird dann von einem nachstehenden Hypothekengläubiger die Zwangsverwaltung ausgebracht, so läßt diese Beschlagnahme die frühere, zugunsten des vorgehenden Hypothekengläubigers erfolgte Mietzinspfändung nicht dauernd unberührt. Vielmehr gilt die Pfändung im Verhältnis zu der durch die Zwangsverwaltung erfolgten späteren Beschlagnahme als Verfügung über den Mietzins gemäß § 1124 Abs 2 in dem Sinne, daß vom Ablauf des zur Zeit der Anordnung der Zwangsverwaltung laufenden Kalendervierteljahrs ab die Mietzinsen nicht mehr auf Grund der Pfändung an den im Range vorgehenden Hypothekengläubiger,

sondern nach §§ 146, 148, 21 Abs 2 ZVG an den Zwangsverwalter zu zahlen sind (JW 1927, 861[20]). — Wegen der in der **NotVO v. 8. 12. 1931** getroffenen Bestimmungen vgl. § 1123 A 3 am Schluß. — Ob § 1124 Abs 2 auch zugunsten eines nicht hypothekarisch gesicherten, die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers (entsprechende) Anwendung finden kann, ist streitig (verneinend JW 1927, 2583[2]; bejahend **RG** Warn 1933 Nr 99; JW 1932, 193[24]; 1933, 926[13]). Die Frage wird zu bejahen sein. Die lange Zeit lebhaft umstrittene Frage, ob die Vorzugsstellung, welche § 1124 Abs 2 dem beschlagnahmenden Hypothekengläubiger bei Verfügungen über Miet- oder Pachtzinsansprüche gewährt, auch den solche Ansprüche pfändenden Gläubigern öffentlicher Grundstückslasten zukomme, ist nunmehr gesetzlich geregelt durch das **RGes v. 9. 3. 1934** (RGBl I 181).

§ 1125

Soweit die Einziehung des Miet- oder Pachtzinses dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Mieter oder der Pächter nicht eine ihm gegen den Vermieter oder den Verpächter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen [1]).

E II 1033; P 3 561 f.

1. § 1125 bedeutet: Der Mieter oder Pächter kann **gegen den Hypothekengläubiger,** der die Miet- oder Pachtzinsforderungen beschlagnahmt hat (§ 1123 A 2, § 1124 A 2) und ihn nun wegen des noch nicht gezahlten Zinses in Anspruch nimmt, mit einer ihm gegen den Vermieter oder Verpächter zustehenden Forderung **nicht aufrechnen** bezüglich einer Zinsforderung für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende, gegebenenfalls (wenn die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats des Kalendervierteljahrs erfolgt ist) auch das folgende Kalendervierteljahr. Die Aufrechnung ist also insoweit unzulässig, als eine Vorausverfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber nach § 1124 Abs 2 unwirksam ist. Dies gilt auch im Falle einer früheren Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter dahin, daß der Mieter seine Forderung gegen den Vermieter mit der künftigen Schuld aus der laufenden Miete sollte aufrechnen dürfen (OLG 34, 208). Im Falle einer durch Vertrag zwischen Mieter und Vermieter sogleich vollzogenen Aufrechnung findet § 1124 Anwendung (dort A 3). Im übrigen kann der Mieter oder Pächter auch mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger (oder Zwangsverwalter: § 1124 A 7) aufrechnen (§ 404). An dieser Aufrechnung hindert ihn auch nicht ein im Mietvertrag formularmäßig zugunsten der Mietzinsforderung vereinbartes Aufrechnungsverbot, wenn der Vermieter in Konkurs gegangen ist und der Mieter ohne Aufrechnung mit seiner Gegenforderung auf die Konkursquote angewiesen wäre (JW 1933, 1148[26]).

§ 1126

Ist mit dem Eigentum an dem Grundstück ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden [1]), so erstreckt sich die Hypothek auf die Ansprüche auf diese Leistungen [2]). Die Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1, des § 1124 Abs 1, 3 und des § 1125 finden entsprechende Anwendung [3]). Eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über den Anspruch auf eine Leistung, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird [4]), ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam.

E I 1067 II 1034; M 3 652, 659, 663 f.

1. **Mit dem Eigentum an dem Grundstück verbundene Rechte** sind z. B. Grunddienstbarkeiten, subjektiv-dingliche Vorkaufsrechte und Reallasten (§§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2), ferner die Rente für einen Überbau oder einen Notweg (§§ 912—917), schließlich landesrechtliche Gerechtigkeiten, die an ein Grundstück geknüpft sind (§ 96 A 1). Solche Rechte gelten nach § 96 als Bestandteile des herrschenden Grundstücks und haften daher für die dieses Grundstück belastende Hypothek, gleichviel, ob sie vor oder nach der Hypothekbestellung begründet worden sind (**RG** 83, 54; 83, 200; § 96 A 2). Soweit sie von dem herrschenden Grundstück nicht getrennt werden können (§§ 1103 Abs 1, 1110), findet § 1120 auf sie keine Anwendung. Ihre Beschlagnahme erfolgt durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des Grundstücks selbst. Von den erwähnten Rechten kommen als **Rechte auf wiederkehrende Leistungen,** die von § 1126 betroffen werden können, hauptsächlich Reallasten und Renten für einen Überbau und für einen Notweg in Betracht (vgl. auch §§ 1021, 1022).

2. **Die Ansprüche auf die einzelnen Leistungen haften der Hypothek** grundsätzlich ebenso wie Miet- oder Pachtzinsforderungen (vgl. § 99 Abs 2, 3). Ausnahmen sind behandelt in A 3, 4. Die Beschlagnahme der Ansprüche erfolgt hier ebenfalls (§ 1123 A 2) nicht durch Zwangsver-

steigerung, sondern durch Zwangsverwaltung des Grundstücks (§§ 21 Abs 2, 148 ZVG) oder durch Pfändung (wegen des dinglichen Anspruchs des Hypothekengläubigers).

3. Nur § 1123 Abs 2 Satz 1, § 1124 Abs 1, 3 und § 1125 (Erlöschen der Haftung mit dem Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Fälligkeit, Wirksamkeit von Verfügungen, Zulässigkeit der Aufrechnung) **finden entsprechende Anwendung,** nicht § 1123 Abs 2 Satz 2 und § 1124 Abs 2. Letztere Vorschrift ist durch Satz 3 ersetzt (A 4). Aus dem Ausschluß der Anwendung des § 1123 Abs 2 Satz 2 folgt, daß Ansprüche, die nicht innerhalb eines Jahres nach der Fälligkeit beschlagnahmt werden, auch dann mit dem Ablauf eines Jahres von der Haftung frei werden, wenn die wiederkehrenden Leistungen im voraus zu entrichten sind (über den Grund der Abweichung vgl. Prot 3, 562).

4. Die Abweichung von § 1124 Abs 2 (A 3) besteht darin, daß die Worte „(Miet- oder Pachtzins) für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr" (§ 1124 A 7) ersetzt sind durch „(Anspruch auf eine Leistung), die **erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird**". Eine Verfügung (§ 1124 A 1, 3) über den Anspruch auf jede andere Leistung ist vor der Beschlagnahme dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam.

§ 1127

Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen [1], für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks [2] unter Versicherung gebracht [3], so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer [4].

Die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist [5].

E I 1067, 1070 II 1035; M 3 651, 659f., 664f.; P 3 555f., 562f.; 6 243f.

1. Unter Versicherung gebrachte **Gegenstände, die der Hypothek unterliegen,** können sein das Grundstück selbst oder seine Bestandteile, namentlich Gebäude, hängende oder stehende Erzeugnisse (z. B. auch ein Wald: Prot 3, 567), getrennte Bestandteile oder auch Zubehörstücke. Ob die Haftung der Gegenstände vor oder nach der Bestellung der Hypothek eingetreten ist, ist gleichgültig. Wenn jedoch die Haftung beweglicher Gegenstände zur Zeit des Eintritts des Schadens daran bereits gemäß §§ 1120ff. erloschen ist, erstreckt sich die Hypothek nicht auf die Versicherungsforderung. Denn die Haftung der Versicherungsforderung soll nur die beim Eintritt des Schadens bestehende Haftung der ganz oder zum Teil untergehenden Gegenstände ersetzen. Deshalb unterliegt auch eine schon vor der Bestellung der Hypothek begründete Versicherungsforderung nicht der Haftung für diese Hypothek, da hierfür die untergegangenen Gegenstände niemals gehaftet haben (str.).

2. Für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks sind die Haftungsgegenstände nicht nur dann versichert, wenn die Versicherungsverträge von dem Eigentümer oder dem Eigenbesitzer (§ 872) abgeschlossen sind, sondern auch dann, wenn ein Dritter für deren Rechnung (z. B. ein Nießbraucher gemäß § 1045, ein Mieter, Pächter) die Gegenstände versichert hat (Prot 6, 244), sei es auch in eigenem Namen (**RG** Warn 1913 Nr 228). Versicherung für fremde Rechnung liegt vor, wenn derjenige, der den Versicherungsvertrag mit dem Versicherer in eigenem Namen abschließt (z. B. der Ehemann der Eigentümerin), durch diesen Vertrag das Interesse eines anderen versichert (**RG** Warn 1913 Nr 228). Sind Haftungsgegenstände (z. B. Gebäude nebst Hotelinventar und Hausstandssachen), die beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehören, von dem Ehemann gegen Feuersgefahr versichert, so sind die Gegenstände mit Rücksicht auf die dem Ehemann nach §§ 1359, 1374 obliegende Versicherungspflicht als für die Ehefrau versichert auch dann zu erachten, wenn der Ehemann die Versicherung in eigenem Namen genommen und die Gegenstände als sein Eigentum bezeichnet hat (**RG** 76, 136). Auch erwirbt nach dem anzuwendenden § 1381 selbst in diesem Falle die Ehefrau den Anspruch auf die Versicherungssumme, es sei denn, daß der Ehemann den wirklichen Willen hatte, den Anspruch nicht für die Ehefrau zu erwerben (**RG** 76, 133). Hat der Anspruch als von der Ehefrau erworben zu gelten und handelt es sich um Gegenstände, bei denen die Geltendmachung der Haftung für die Hypothek nach §§ 1129, 1124 Abs 1 eine Beschlagnahme voraussetzt (A 4), so bewirkt eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung (Abtretung, Pfändung) nur dann das Freiwerden des Anspruchs von der Haftung, wenn die Verfügung den Anspruch als einen solchen der Ehefrau (nicht des Ehemanns) zum Gegenstande hat (**RG** 76, 135). Nach §§ 74, 75 RGes über den Versicherungsvertrag (A 3) stehen auch im Falle der Versicherung für fremde Rechnung im eigenen Namen die Rechte aus dem Versicherungsvertrage (nicht dem Versicherungsnehmer, sondern) dem Versicherten zu. Der Haftung der Forderung gegen den Versicherer für die Hypothek steht danach nicht etwa der Umstand entgegen, daß die Forderung einem anderen als dem (versicherten) Eigentümer oder Eigenbesitzer gehört (**RG** Warn 1913 Nr 228).

3. Unter Versicherung gebracht sind die Haftungsgegenstände, gleichviel, gegen welche

Gefahr sie versichert sind, ob gegen Feuersgefahr oder gegen die Gefahren von Explosionen, Hagelschaden, Viehsterben, Bruchschaden (z. B. bei Glas- und Spiegelscheiben: M 3, 667), kalten Blitzschlag. Art 75 EG enthält einen (jetzt gegenstandslos gewordenen) Vorbehalt für die Landesgesetzgebung auf dem Gebiet des Versicherungsrechts, soweit nicht das BGB besondere Bestimmungen gibt. Zu diesen Bestimmungen gehören namentlich auch die §§ 1127—1130 (vgl. ferner §§ 1045, 1046, 1358, 1654). Im übrigen gilt jetzt das RGes über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 1908. Besonders beachtlich sind daraus für die hier interessierenden Fragen die §§ 49—68 über den Inhalt des Vertrags und die §§ 74—80 über die Versicherung für fremde Rechnung (A 2). § 192 des Gesetzes enthält Vorbehalte für Versicherungen bei landesrechtlichen öffentlichen Anstalten. — Eine Verpflichtung des Eigentümers zur Versicherung besteht nach dem BGB dem Hypothekengläubiger gegenüber nicht. Sie kann aber durch Vertrag übernommen werden. Auch kann ein Unterlassen der Versicherung, namentlich von Gebäuden gegen Feuersgefahr, unter Umständen ein Vorgehen des Gläubigers nach § 1134 rechtfertigen (RG 37, 356; 52, 296).

4. Auf die Forderung gegen den Versicherer erstreckt sich die Hypothek, nicht auf die Versicherungsgelder. Besteht trotz des Abschlusses eines Versicherungsvertrags und des Eintritts eines Schadens keine Forderung für den Versicherten, ist z. B. der Vertrag rechtsunwirksam, so hat der Hypothekengläubiger ebenfalls keinen Anspruch. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherte wegen eigenen Verschuldens die Entschädigung nicht fordern kann (RG 72, 214). Jedoch enthalten in dieser Hinsicht für den Fall der Gebäudeversicherung die §§ 100—105 des RGes über den Versicherungsvertrag (A 3) Vorschriften zugunsten des Hypothekengläubigers (die nach § 106 auch für Reallast-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubiger gelten). Namentlich kann die aus einer Überversicherung oder aus einer Doppelversicherung sich ergebende Nichtigkeit des Vertrags (§§ 51 Abs 2, 59 Abs 3) einem Hypothekengläubiger, der seine Hypothek dem Versicherer angemeldet hat, (mit gewisser zeitlicher Einschränkung) nicht entgegengehalten werden. Ist ferner der Versicherer wegen des Verhaltens des Versicherungsnehmers von der Verpflichtung zur Leistung frei (§ 61), so bleibt gleichwohl seine Verpflichtung gegenüber einem Hypothekengläubiger bestehen, auch wenn dieser die Hypothek nicht angemeldet hat (§§ 100 Abs 3, 101 Abs 1 Satz 1). Hier tritt also an die Stelle der pfandweisen Haftung der (untergegangenen) Forderung des Versicherungsnehmers ein selbständiger, unmittelbarer Anspruch der Hypothekengläubiger auf die Versicherungssumme (RG 102, 352; 124, 93). Die Reihenfolge, in der mehrere Hypothekengläubiger sich an die Versicherungssumme halten dürfen, richtet sich nach der Rangordnung ihrer Hypotheken untereinander (RG 102, 353). Der Anspruch bleibt auch dann für den Hypothekengläubiger bestehen, wenn die Hypothek bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ausgefallen und gelöscht ist (RG 102, 354; 124, 94). Zugleich ist im § 102 bestimmt, daß die Hypothek auf den Versicherer übergeht, soweit er auf Grund der §§ 100, 101 den Gläubiger befriedigt. Ist die Hypothek bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ausgefallen und gelöscht, so ist der Übergang allerdings gegenstandslos (RG 102, 354; 124, 94). Wenn in anderen Fällen der Versicherer die Entschädigungssumme an den Hypothekengläubiger zahlt, so wird die Hypothek gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Eigentümergrundschuld. Die Zahlung bewirkt nicht etwa eine Befriedigung „aus" dem Grundstück oder den für die Hypothek haftenden Gegenständen im Sinne des § 1181 Abs 1, 2 und damit ein Erlöschen der Hypothek (RG 56, 323), es sei denn, daß der Hypothekengläubiger die Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung beitreibt. „Forderung gegen den Versicherer" ist gleichbedeutend mit Forderung aus dem Rechtsgrunde der Versicherung. Eine solche Forderung ist, wenn die Versicherungsgelder unter Verzicht auf die Rücknahme hinterlegt werden, auch die Forderung gegen den Staat. Denn der Rechtsgrund ist derselbe. Daher erstreckt sich die Hypothek auch auf diese Forderung, die an die Stelle der ursprünglichen Forderung gegen den Versicherer tritt (RG 74, 108). — Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Haftung seitens des Gläubigers und für die Zulässigkeit von Verfügungen über die Versicherungsforderung seitens des Versicherten vor der Geltendmachung sind in den §§ 1128, 1129 verschieden geregelt, je nachdem es sich um versicherte Gebäude oder um andere versicherte Gegenstände handelt. Im ersteren Falle ist dem Hypothekengläubiger ohne weiteres ein Anspruch auf die Versicherungsforderung gegeben; Verfügungen darüber zu seinem Nachteil sind grundsätzlich ausgeschlossen. Im letzteren Falle ist (nach §§ 1129, 1124 Abs 1) eine Beschlagnahme Voraussetzung für die Geltendmachung; bis dahin sind Verfügungen zulässig (RG 64, 28; 76, 135; 78, 24; OLG 30, 107). Jedoch kann auch in diesem Falle durch den Versicherungsvertrag ebenso wie nach den eine Gebäudeversicherung betreffenden §§ 100, 101 des RGes v. 30. 5. 1908 unter Umständen ein unmittelbarer Rechtsanspruch (§§ 328 ff.) gegen den Versicherer für die Hypothekengläubiger begründet sein (RG 8, 169; 25, 218). Wegen der Verfügung über die Versicherungsforderung, wenn der Ehemann eingebrachtes Gut der Ehefrau versichert hat: A 2. Der Umfang der Haftung der Versicherungsforderung für die Hypothek bestimmt sich nach dem Betrag der Hypothek, für den der Grundstückseigentümer dem Hypothekengläubiger am Tage des Versicherungsfalles haftet. Denn nach diesem Zeitpunkt kommt die Haftung des versichert gewesenen Gegenstandes (z. B. des abgebrannten Gebäudes) nicht mehr in Frage. Ist aber der Gläubiger ein Grundschuldgläubiger, der vom Eigentümer eine Eigentümergrundschuld vor Eintritt des Versicherungs-

falles abgetreten erhalten hat, so haftet die Versicherungsforderung dem Grundschuldgläubiger in voller Höhe der Grundschuld, auch wenn der Gläubiger das Abtretungsentgelt zum Teil erst nach dem Eintritt des Versicherungsfalles gezahlt hat. Denn der Gläubiger hatte die von einer Forderung nicht abhängige Grundschuld (§ 1191 A 1) bereits durch die Abtretung ohne Rücksicht auf die Zahlung des Abtretungsentgelts in voller Höhe erworben (RG 124, 93). — Landesgesetzliche Einschränkungen der Haftung lassen zu EG Artt 110 (Wiederherstellung zerstörter Gebäude), 120 Abs 2 Nr 3 (Unschädlichkeitszeugnis). Die §§ 1127—1130 finden gemäß Art 192 EG von der Anlegung des Grundbuchs ab auch auf ältere Hypotheken Anwendung. Nach Artt 52—54, 67, 109 EG erstreckt sich die Hypothek gemäß den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des § 1128 auch auf die Entschädigungsforderung, die nach Reichs- oder Landesgesetzen im Falle der Enteignung oder des Bergschadens dem Grundstückseigentümer zusteht, vorausgesetzt, daß der Hypothekengläubiger keine besondere Entschädigung erhält (RG 69, 247). Nach KGJ 27 B 51 und 46, 214 sind aber die Artt 52, 53, 67, 109 EG nicht auf die Entschädigungsforderung für die Grundabtretung nach §§ 142, 144 Pr.AllgBergG v. 24. 6. 1865 anwendbar, weil diese Grundabtretung nicht im öffentlichen Interesse erfolgt.

5. Der wiederhergestellte oder als Ersatz angeschaffte Gegenstand tritt an Stelle der Versicherungsforderung in die Haftung in gleicher Weise ein, wie der versicherte zerstörte oder beschädigte Gegenstand darin stand (M 3, 665; RG 133, 119). Zum **Erlöschen der Haftung der Versicherungsforderung** ist aber nicht erforderlich, daß der versicherte Gegenstand vollständig wiederhergestellt und voller Ersatz für die hypothekarische Sicherheit geschaffen ist. Auch bei nur teilweiser Wiederherstellung des früheren Zustandes erlischt die Haftung. Das gilt allerdings nur insoweit, als die Hypothekengläubiger durch den Wert des Wiederhergestellten die frühere Sicherheit wiedererlangt haben; der über diesen Wert hinausgehende Betrag der Versicherungsforderung verbleibt in der Haftung (str.; RG 78, 25; Warn 1909 Nr 144, SeuffA 74 Nr 175; OLG 26, 145). Im Falle der Zwangsversteigerung geht also die über den Wert der Wiederherstellungsarbeiten hinausgehende Versicherungsforderung gemäß §§ 20 Abs 2, 55 Abs 1, 90 Abs 2 ZVG auf den Ersteher über (RG 78, 24; Warn 1909 Nr 144). Soweit dagegen die Haftung schon vor Einleitung der Zwangsversteigerung erloschen war, erwirbt der Ersteher die Versicherungsforderung nicht (RG 78, 24; SeuffA 74 Nr 175). Wird an Stelle des versicherten Gegenstandes ein neuer (z. B. ein Gebäude) hergestellt, so braucht dieser neue Gegenstand nicht vollständig fertiggestellt zu sein; es genügt, daß das schon Hergestellte gleichwertigen Ersatz bietet (RG Warn 1909 Nr 144). Soweit durch die Wiederherstellungsarbeiten die Haftung der Versicherungsforderung erloschen ist, werden vorher erfolgte Verfügungen des Eigentümers darüber (z. B. Abtretungen), deren Wirksamkeit die bestehende Haftung entgegenstand (A 4), wirksam und bleiben es (RG 78, 24). Über den Fall der Wiederherstellungspflicht des Eigentümers gegenüber dem Versicherer vgl. § 1130. Den Hypothekengläubigern gegenüber besteht aber eine Wiederherstellungspflicht des Eigentümers in keinem Falle, z. B. auch dann nicht, wenn der Eigentümer ein abgebranntes Gebäude unter Verwendung der an ihn ausgezahlten Versicherungsgelder auf einem anderen ihm gehörenden Grundstück wieder errichtet hat. In einem solchen Falle kann zwar gegen den Versicherer ein Anspruch auf nochmalige Zahlung gegeben sein, wenn etwa die Auszahlung der Versicherungsgelder zu Unrecht erfolgt ist (§ 1128 A 5). Aber gegen den Eigentümer können die Hypothekengläubiger nur mit Maßnahmen nach §§ 1133, 1134 unter den dortigen Voraussetzungen, insbesondere bei Gefährdung ihrer Hypotheken, vorgehen (OLG 31, 345). Wird nach der Wiederherstellung der Gegenstand von neuem versichert, so erstreckt sich die Hypothek kraft Gesetzes auf die neue Forderung gegen den Versicherer (RG 102, 353). Ist im Falle der Gebäudeversicherung die Forderung des Versicherungsnehmers wegen seines Verhaltens bei der durch Brand erfolgten Zerstörung des Gebäudes untergegangen und an die Stelle ihrer pfandweisen Haftung nach § 101 VersVG ein selbständiger, unmittelbarer Anspruch der Hypothekengläubiger auf die Versicherungssumme getreten (A 4), so findet Abs 2 des § 1127 auch auf diesen Anspruch Anwendung, obwohl § 101 VersVG die Vorschrift nicht wiederholt. Wird also das Gebäude (z. B. von dem Ersteher des zwangsversteigerten Grundstücks) wiederaufgebaut, so erlischt der Anspruch ebenfalls, da die vor der Zerstörung des Gebäudes dem Hypothekengläubiger gewährte Sicherheit nun wiederhergestellt ist und der Hypothekengläubiger ungerechtfertigt bereichert würde, wenn er sich auch noch aus der Versicherungssumme bezahlt machen könnte (RG 102, 352; 133, 124). Handelt es sich jedoch um eine Hypothek, die bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks schon, bevor das Gebäude wiederaufgebaut wurde, ausgefallen und gelöscht worden ist, so erlischt durch den Wiederaufbau der Anspruch für eine solche Hypothek nicht. Denn der Gläubiger einer solchen Hypothek hatte bereits durch das Eintreten des Versicherungsfalls Rechte auf die in der Zwangsversteigerung nicht mit zum Verkauf verstellten Brandentschädigungsgelder erworben, und diese Rechte sind ihm durch die Löschung der Hypothek nicht verlorengegangen (RG 102, 354).

§ 1128

Ist ein Gebäude versichert [1]), so kann der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten erst zahlen [2]), wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat [3]) und seit dem Empfange der Anzeige ein Monat verstrichen ist. Der Hypothekengläubiger kann bis zum Ablaufe der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen [4]). Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist; in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird [4]).

Im übrigen finden die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften Anwendung [5]); der Versicherer kann sich jedoch nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekannt habe [3]).

E I 1070 II 1036; M 3 666f.; P 3 563ff.

1. Eine **Gebäudeversicherung** liegt vor, wenn der versicherte Gegenstand nach allgemeiner Verkehrsauffassung ein Gebäude ist und der Versicherungsvertrag seine Versicherung als Gebäude zum Ausdruck bringt. Ist nach dem Vertrage eine Versicherung für einen beweglichen Gegenstand genommen (Mobiliarversicherung), so ist kein Gebäude versichert, auch wenn der versicherte Gegenstand in Wirklichkeit ein Gebäude ist. Umgekehrt gilt dies auch dann, wenn zwar ein Gebäudeversicherungsvertrag (Immobiliarversicherung) geschlossen, der versicherte Gegenstand aber tatsächlich kein Gebäude ist. Sind aber die eingangs erwähnten beiden Voraussetzungen gegeben, so hat regelmäßig nicht nur das Ganze, sondern jeder einzelne Teil davon als versichertes Gebäude im Sinne des § 1128 zu gelten. Wenn dagegen ein einzelner Bestandteil ausschließlich unter Versicherung gebracht oder noch gegen eine andere Gefahr versichert ist (z. B. Glas- oder Spiegelscheiben gegen Bruchschaden, während die Versicherung des ganzen Gebäudes auf Feuerschaden, Explosion oder Blitzschlag sich bezieht: § 1127 A 3), so findet auf eine Entschädigungsforderung aus einer solchen Versicherung nicht § 1128 Anwendung, sondern § 1129 (§ 1127 A 4). Denn insoweit ist nicht ein „Gebäude" versichert. Dasselbe ist anzunehmen, wenn einzelne Teile (z. B. Maschinen oder andere einem Gewerbe dienende Geräte, welche Gebäudebestandteile sein sollen) noch besonders zwar gegen dieselbe Gefahr, aber nicht als hinzugetretene Bestandteile durch Gebäudeversicherungsvertrag, sondern als bewegliche Sachen versichert sind. Denn diese Teile sind dann als von der Gebäudeversicherung ausgenommen anzusehen (**RG** 69, 316; 74, 109). Ferner folgt aus § 1127, daß hier nur solche Gebäude in Betracht kommen, auf die sich die Hypothek erstreckt, also z. B. nicht Gebäude, die nach § 95 keine Bestandteile des Grundstücks sind. Über die entsprechende Anwendung des § 1128 auf Entschädigungsforderungen wegen Enteignung und Bergschadens nach Artt 52—54, 67, 109 EG vgl. § 1127 A 4 a. E.

2. Der im Abs 2 gegebene Regelsatz über den Rechtsanspruch des Hypothekengläubigers auf die Versicherungssumme (A 5), richtiger Entschädigungssumme, wird zur Erleichterung für den Versicherer durch die Vorschriften des Abs 1 dahin eingeschränkt (OLG 26, 147), daß unter bestimmten Voraussetzungen **der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten zahlen kann.** Liegen diese Voraussetzungen vor, so wird stillschweigende Zustimmung des Hypothekengläubigers zur Auszahlung an den Versicherten allein angenommen. Zahlt dann der Versicherer an den Versicherten, so ist er befreit; die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypothek erlischt. Andere Verfügungen des Versicherten als Empfangnahme der Zahlung oder sonstige Einziehung (§ 1124 A 1, 3) haben diese Wirkung nicht, selbst wenn jene Voraussetzungen gegeben sind (OLG 14, 111). Dies gilt insbesondere auch im Falle der Abtretung an einen Dritten oder der Pfändung der Versicherungsforderung für einen persönlichen Gläubiger. Erst durch die Zahlung an diese Rechtsnachfolger (beim Vorliegen der Voraussetzungen) erlischt die Haftung. Im Falle der Pfändung für einen persönlichen Gläubiger kann ein Hypothekengläubiger, dessen Hypothek vor der Pfändung bestellt ist, (trotz Vorliegens der Voraussetzungen) gemäß § 805 ZPO einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung geltend machen, solange die Zahlung nicht erfolgt ist.

3. Die erste Voraussetzung für die Zulässigkeit der Zahlung an den Versicherten ist, daß **der Versicherer oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat.** Nur wenn die Anzeige **untunlich** ist (z. B. weil der Aufenthaltsort des Hypothekengläubigers sich nicht ermitteln läßt), darf sie nach Abs 1 Satz 3 unterbleiben. Anderseits kann sich der Versicherer gemäß Abs 2 dem Hypothekengläubiger gegenüber **nicht darauf berufen,** daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche **Hypothek nicht gekannt** habe. Der Grundsatz der Öffentlichkeit des Grundbuchs gilt hier auch gegenüber dem Versicherer (Prot 3, 565). Hat er aber den aus dem Grundbuch ersichtlichen Gläubigern die Anzeige gemacht, so hat er gemäß § 891 seiner Pflicht genügt, auch wenn andere (z. B. infolge Abtretung von Briefhypotheken) die wirklich Berechtigten sind (OLG

26, 147). Eine erst nach Erstattung der Anzeige erfolgte Umschreibung einer Hypothek im Grundbuch kommt für ihn nicht in Betracht, es sei denn, daß sie ihm vor der Auszahlung der Versicherungssumme an den Versicherten bekannt geworden ist (§ 893; OLG 26, 148). Ist der Versicherte selbst eingetragener Gläubiger (z. B. einer Eigentümergrundschuld), so bedarf es (was z. B. für den Fall einer in das Grundbuch nicht eingetragenen Abtretung einer Eigentümerbriefgrundschuld in Betracht kommt: A 5) einer Anzeige an ihn nicht. Denn seine Kenntnis von dem Brandschaden ist vorauszusetzen; auch räumt das Gesetz ihm selbst das Recht der Anzeige an die Hypothekare ein (OLG 26, 149). Auf die Anzeige, die keiner Form bedarf, finden die §§ 130—132 Anwendung.

4. Die zweite Voraussetzung ist, daß **ein Monat seit dem Empfange der Anzeige** oder, wenn diese untunlich ist (Abs 1 Satz 3), **seit Fälligkeit der Versicherungssumme** verstrichen ist, **ohne** daß der Hypothekengläubiger dem Versicherer gegenüber **Widerspruch** gegen die Zahlung erhoben hat. Aber auch wenn die beiden Voraussetzungen vorliegen, also der Hypothekengläubiger nach Anzeige nicht innerhalb der Frist widersprochen hat, erlischt die Haftung der Versicherungsforderung noch nicht. Vielmehr muß die nunmehr zulässige Zahlung an den Versicherten hinzutreten (A 2). Bis dahin kann der Hypothekengläubiger zwar nicht mehr durch Widerspruch, aber noch durch Beschlagnahme wegen seiner Hypothek auf Grund eines vollstreckbaren Titels (§ 1121 A 3) die Auszahlung verhindern (OLG 14, 112). Der Widerspruch kann auch schon vor einer Anzeige dem Versicherer gegenüber wirksam erklärt werden; nach dem Zweck der Vorschriften des § 1128 Abs 1 Satz 1, 2 (A 2) ist ihnen nichts Gegenteiliges zu entnehmen (OLG 26, 147). Auch der Erwerber einer Hypothek, für den die Hypothek noch nicht im Grundbuch umgeschrieben ist (A 3), kann vor jeder Anzeige oder auch nach einer Anzeige an seinen eingetragenen Rechtsvorgänger dem Versicherer gegenüber Widerspruch erheben; er muß aber sein Gläubigerrecht dem Versicherer gehörig nachweisen (OLG 26, 148). Ist vor der Anzeige oder nach der Anzeige vor Ablauf eines Monats wirksam Widerspruch erhoben, so darf der Versicherer nicht an den Versicherten zahlen, widrigenfalls er auf Verlangen des Hypothekengläubigers noch einmal zahlen muß (A 5). Der Widerspruch bedarf ebensowenig wie die Anzeige einer Form (A 3). Er steht einer Beschlagnahme gleich und wirkt daher nur zugunsten des widersprechenden, nicht auch anderer Hypothekengläubiger (str.). Diese gelten bei Unterlassung eines eigenen Widerspruchs als mit der Zahlung an den Versicherten einverstanden, so daß die Zahlung ihnen gegenüber wirksam ist. Eine Ausnahmebestimmung über die Wirksamkeit der Zahlung an den Versicherten enthält § 1130.

5. Aus der **Anwendung der für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften im übrigen** folgt: Der Hypothekengläubiger kann vom Versicherer Zahlung der Entschädigungssumme verlangen, soweit die Einziehung zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Der Anspruch geht, wenn die Hypothek nicht fällig ist, auf Zahlung an ihn und den Versicherten gemeinschaftlich (§ 1281), wenn aber die Hypothek ganz oder zum Teil fällig ist, auf Zahlung an ihn allein (§§ 1282 Abs 1, 1228 Abs 2). Statt Zahlung an den Hypothekengläubiger und den Versicherten gemeinschaftlich (im Falle der Nichtfälligkeit) kann Hinterlegung für beide (§ 1281 Satz 2) und statt Zahlung an den Gläubiger allein (im Falle der Fälligkeit der Hypothek) Abtretung der Versicherungsforderung an Zahlungs Statt (§ 1282 Abs 1 Satz 2) verlangt werden. Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Hypothekengläubiger nicht befugt (§ 1282 Abs 2). Auch die erwähnten Ansprüche sind ihm aber versagt, wenn ihm gemäß § 1128 Abs 1 Anzeige von dem Schaden erstattet ist und er nicht rechtzeitig der Auszahlung an den Versicherten widersprochen hat (OLG 5, 320). Einer Beschlagnahme bedarf er zur Geltendmachung jener Rechte nicht (**RG** 122, 133; OLG 14, 110). Jedoch kann er seine Befriedigung aus der Versicherungsforderung auch im Wege der Zwangsvollstreckung suchen, wenn er einen vollstreckbaren Titel hat (§§ 1282 Abs 2, 1277). War an den Hypothekengläubiger keine Anzeige erstattet oder hatte er nach Erstattung der Anzeige rechtzeitig Widerspruch erhoben und hat trotzdem der Versicherer an den Versicherten (oder an dessen Konkursverwalter) allein Zahlung geleistet, so muß der Versicherer auf Verlangen des Gläubigers noch einmal zahlen (**RG** 64, 29). Gegen den Versicherten (oder dessen Konkursmasse) aber hat der Gläubiger keinen Anspruch auf Herausgabe. Denn die Empfangnahme der Zahlung hat keine Rechtsbeziehung zwischen den beiden geschaffen. Der Versicherte ist auch nicht auf Kosten des Gläubigers, dessen Forderung gegen den Versicherer bestehengeblieben war, ohne Rechtsgrund bereichert (**RG** 64, 30). Hat ein Grundschuldgläubiger widersprochen, der durch schriftliche Abtretung einer Eigentümerbriefgrundschuld und Übergabe des Grundschuldbriefs Grundschuldgläubiger geworden ist, ohne daß eine Umschreibung im Grundbuch stattgefunden hat (§§ 1154, 1192), so hat der Versicherer, der an den Eigentümer zahlt, nach §§ 407, 1275 an den Gläubiger nur dann noch einmal Zahlung zu leisten, wenn er bei der Zahlung die Abtretung kannte (**RG** 74, 118; OLG 26, 149). Unter Umständen kann aber schon der Widerspruch in Verbindung mit einer an sich nicht unglaubwürdigen Anzeige der Abtretung die Kenntnis in ausreichender Weise vermitteln (**RG** 74, 120). — Was die dem Versicherer gegen die Klage des Hypothekengläubigers aus Abs 2 zustehenden E i n w e n d u n g e n betrifft, so kann er mit Rücksicht auf § 101 VersVG nicht mit dem Einwand gehört werden, daß er dem Kläger nichts zu zahlen brauche, weil er gegenüber dem Versicherungsnehmer von der Leistung frei geworden sei (§ 1127 A 5; **RG** 122, 133). Auch kann er nicht einwenden, daß er zur Zahlung nur gegen Abtretung der Hypothek verpflichtet sei.

Denn er würde mit der Abtretung zum Nachteil des Versicherungsnehmers gegen Zahlung der Entschädigung die Hypothek eintauschen, also seine Entschädigungspflicht nicht oder nicht voll erfüllen (RG 122, 134). — Ist mehreren Hypothekengläubigern nicht angezeigt oder von mehreren rechtzeitig widersprochen worden, so kann nur derjenige von ihnen, der im Range der erste Hypothekengläubiger ist, die vorbezeichneten Rechte geltend machen (§ 1290).

§ 1129

Ist ein anderer Gegenstand als ein Gebäude versichert [1]), so bestimmt sich die Haftung der Forderung gegen den Versicherer nach den Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1 und des § 1124 Abs 1, 3 [2]).

E I 1070 II 1037; M 3 666f.; P 3 563ff., 567; 4 602.

1. Die Haftung der Forderung aus **Versicherung anderer Gegenstände als eines Gebäudes** (z. B. Zubehörstücke, Früchte, s. auch § 1128 A 1) bestimmt sich nicht, wie bei Gebäuden, nach den Vorschriften über das Forderungspfandrecht (§ 1128), sondern nach den im § 1129 aufgeführten Vorschriften über die Haftung der Miet- oder Pachtzinsforderungen. Denn über diese Gegenstände, an deren Stelle im Falle der Zerstörung die Versicherungsforderung in die Haftung eintritt, kann der Eigentümer frei verfügen, solange nicht der Hypothekengläubiger ihre Beschlagnahme ausgebracht hat (Prot 3, 565).

2. **Nach den Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1 und des § 1124 Abs 1, 3** wird die Versicherungsforderung mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt der Fälligkeit von der hypothekarischen Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung oder durch Pfändung (§ 1121 A 3) zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist (§ 1123 Abs 2 Satz 1; dort A 2). Der Versicherte kann vor der Beschlagnahme die Forderung einziehen oder sonst mit Wirkung gegenüber dem Hypothekengläubiger darüber verfügen (RG 8, 169; 25, 218; 72, 214). Die Haftung erlischt, wenn vor der Beschlagnahme die Entschädigungssumme an den Versicherten (oder an seinen Konkursverwalter) gezahlt, die Versicherungsforderung auf einen Dritten übertragen, das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird (§ 1124 Abs 1, 3; dort A 1—6; RG 64, 30; 76, 135). Im übrigen vgl. § 1127 A 4 und die Ausnahmebestimmung des § 1130. Die Frage, inwieweit die an den Erntekäufer abgetretene Feuerversicherungsforderung des Eigentümers für verbrannte, aber noch nicht vom Grundstück entfernte Erntevorräte dem Hypothekengläubiger weiter haftet, ist erörtert in LZ 1932, 553.

§ 1130

Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen [1]), so ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten [2]) dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam [3]).

E I 1070 II 1038; M 3 665f.; P 3 562f.

1. **Versicherungsbestimmungen,** wonach der Versicherer **nur verpflichtet ist,** die Entschädigungssumme **zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen,** können aus einer besonderen vertraglichen Regelung oder aus der Satzung der Versicherungsanstalt oder aus dem Gesetz sich ergeben. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in dieser Hinsicht enthalten Art 75 EG, § 193 Abs 1 des RGes über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 1908 (§ 1127 A 3). Nach § 97 dieses Gesetzes kann der Versicherungsnehmer im Falle einer solchen Bestimmung bei der Gebäudeversicherung die Zahlung erst verlangen, wenn die bestimmungsmäßige Verwendung des Geldes gesichert ist. Nach § 193 Abs 2 des Ges. können die Landesgesetze bestimmen, in welcher Weise die Verwendung des Geldes zu sichern ist. Ihre Vorschriften sollen der Sicherung der Hypothekengläubiger dienen. Die landesgesetzliche Regelung betrifft nicht nur das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer, sondern sie ergreift auch das Verhältnis zwischen Versicherer und Hypothekengläubiger. Demnach muß der Hypothekengläubiger, wenn nach den Vorschriften der Landesgesetzgebung verfahren ist (z. B. der Versicherer den Entschädigungsbetrag zur Sicherung der bestimmungsmäßigen Verwendung bei der gesetzlichen Hinterlegungsstelle hinterlegt und die Auszahlung des hinterlegten Betrags, dem Fortschreiten des Baues entsprechend, in angemessenen Teilbeträgen veranlaßt wird), dieses Verfahren auch als Erfüllung ihm gegenüber gelten lassen (RG 131, 149). Nach § 98 kann die Forderung des Versicherungsnehmers vor der Wiederherstellung des Gebäudes nur an den Erwerber des Grundstücks oder an solche Gläubiger des Versicherungsnehmers übertragen werden, welche Arbeiten oder Lieferungen zur Wiederherstellung des Gebäudes übernommen oder bewirkt haben. Jedoch ist eine Übertragung an Gläubiger, die bare

Vorschüsse zur Wiederherstellung gegeben haben, wirksam, wenn die Verwendung der Vorschüsse zur Wiederherstellung erfolgt. Diese Vorschriften stellen sich als Veräußerungsverbote zum Schutz bestimmter Personen im Sinne des § 135 BGB dar. Daher ist eine Verfügung (z. B. Abtretung), die ihnen zuwider getroffen wird, nicht nichtig, sondern nur jenen Personen gegenüber unwirksam. Anderen Personen (z. B. dem Versicherungsnehmer selbst) gegenüber ist sie dagegen wirksam und muß von ihnen gelten gelassen werden (RG 95, 208). Über weitere Bestimmungen zum Schutz der Hypothekengläubiger vgl. § 99 des Ges. Ist bei einem Gebäude eine Bestimmung über die Wiederherstellung nicht getroffen und unterläßt der Eigentümer die Wiederherstellung, nachdem der erststellige Hypothekengläubiger die Versicherungssumme für sich in Anspruch genommen hat, so können die anderen Hypothekengläubiger nach § 1134 vorgehen (§ 1134 A 7). Sie werden auch sich durch Pfändung der durch Befriedigung des erststelligen Hypothekengläubigers entstandenen Eigentümergrundschuld (§ 1127 A 4) zu sichern suchen müssen.

2. Eine **den Versicherungsbestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten,** durch die der Versicherer befreit wird, ist im Falle der Verpflichtung des Versicherten, zuvor die Verwendung der Entschädigungssumme zum Wiederherstellungszwecke sicherzustellen (für die Gebäudeversicherung vgl. A 1), erst dann gegeben, wenn zur Zeit der Zahlung diese Verwendung gesichert ist (OLG 8, 139). Da aber schon die Sicherung der Verwendung hinreicht, ist auch genügend, daß die Versicherungssumme tatsächlich zur Wiederherstellung verwendet ist, mag auch durch die Verwendung der volle Erfolg der fertigen Wiederherstellung nicht erreicht worden sein. Eine Verwendung zur Wiederherstellung liegt auch dann vor, wenn die Versicherungssumme zur Tilgung von Bauschulden gedient hat (SeuffA 74 Nr 175). Bestimmen die Versicherungsbedingungen dagegen über eine solche vorherige Sicherstellung nichts, so wird der Versicherer durch die Zahlung an den Versicherten auch dann frei, wenn der Verwendungszweck nicht sichergestellt war und demnächst die Gelder überhaupt nicht zur Wiederherstellung verwendet werden (OLG 5, 319; M 3, 665). Kann nach den Versicherungsbedingungen die Auszahlung der Entschädigungssumme an den Eigentümer schon vor der Wiederherstellung erfolgen, sofern sämtliche eingetragenen Gläubiger in die unbedingte Auszahlung willigen, wird demgemäß die Auszahlung von den Gläubigern bewilligt und von dem Versicherer bewirkt, nimmt dann aber der Eigentümer die Wiederherstellung nicht vor, sondern verwendet das Geld anderweit, so steht dem Hypothekengläubiger, der bei der späteren Zwangsversteigerung des Grundstücks ausfällt, auf Grund des Vertrags, der sich aus der Einwilligung unter der Bedingung der Wiederherstellung ergibt, ein Schadensersatzanspruch gegen den Eigentümer insoweit zu, als die Hypothek bei erfolgter Wiederherstellung Befriedigung aus dem Grundstück erlangt hätte (OLG 29, 362).

3. Aus der **Wirksamkeit der bestimmungsgemäßen Zahlung gegenüber dem Hypothekengläubiger** folgt, daß durch eine solche Zahlung der sog. Wiederherstellungsgelder an den Versicherten die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypothek erlischt. Der Hypothekengläubiger kann auch nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder durch Pfändung die Zahlung an den Eigentümer verhindern. Denn der Versicherer braucht eben nur zur Wiederherstellung an den Herstellungspflichtigen zu zahlen, nicht an einen anderen zu seiner Befriedigung. Überhaupt ist eine Pfändung durch einen Hypothekengläubiger oder gar einen persönlichen Gläubiger unzulässig, weil ihr die Zweckbestimmung der Wiederherstellungsgelder entgegensteht (soweit nicht die Pfändung für solche Gläubiger erfolgt, an die ausnahmsweise die Übertragung zugelassen ist: A 1). Im Falle der Zwangsverwaltung ist der Verwalter befugt, an Stelle des Eigentümers die Versicherungsgelder in Empfang zu nehmen und zur Wiederherstellung zu verwenden. Daher kann der Versicherer an ihn wirksam zahlen. Der Hypothekengläubiger, der die Zwangsverwaltung ausgebracht hat, erlangt aber dadurch kein Sonderrecht auf Befriedigung aus der Versicherungsforderung (str.). Entspricht die Zahlung nicht den Versicherungsbestimmungen (A 1, 2), wird z. B. an einen Zessionar des Versicherten gezahlt, der die Gelder für sich behält, so braucht der Hypothekengläubiger sie nicht gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, daß sie nach § 1128 (im Falle der Gebäudeversicherung) oder nach § 1129 (bei der Versicherung anderer Gegenstände) ihm gegenüber wirksam ist. Auch kann er selbst in diesem Falle die nochmalige Zahlung nicht zu seiner Befriedigung, sondern nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes verlangen (str.; SeuffA 74 Nr 175). Werden die zu Unrecht ausgezahlten Gelder tatsächlich zur Wiederherstellung (z. B. zur Bezahlung von Forderungen der Baugläubiger) verwendet, so erlischt die Haftung der Versicherungsforderung nach § 1127 Abs 2 in jedem Falle, mag auch der Bau nicht zur Vollendung gebracht worden sein (SeuffA 74 Nr 175).

§ 1131

Wird ein Grundstück nach § 890 Abs 2 einem anderen Grundstück im Grundbuche zugeschrieben [1]), so erstrecken sich die an diesem Grundstücke bestehenden Hypotheken auf das zugeschriebene Grundstück [2]). Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, gehen diesen Hypotheken im Range vor [3]).

E I 1067 II 1039; M 3 651 f., 654; P 3 549 ff.; 6 252 f.

1. Über den Begriff der **Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen nach § 890 Abs 2** im Gegensatz zur Vereinigung mehrerer Grundstücke gemäß § 890 Abs 1 sowie über die Erfordernisse der Zuschreibung vgl. § 890 A 2, 3, 4, 6.

2. Auf das zugeschriebene Grundstück erstrecken sich die an dem Hauptgrundstück bestehenden Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden (§§ 1192, 1199). Zugunsten dinglicher Rechte anderer Art erweitert sich der Belastungsgegenstand durch die Zuschreibung nicht. Die Erstreckung der Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden tritt kraft Gesetzes ein. Sie ist nicht wegen des vom Eigentümer nach § 890 Abs 2 gestellten Zuschreibungsantrags als auf Rechtsgeschäft beruhend anzusehen (**RG** 68, 82). Daher haben mehrere hypothekarische Rechte, die sich erstrecken, an dem zugeschriebenen Grundstück nicht untereinander gleichen Rang, sondern denselben Rang, den sie an dem Hauptgrundstück haben (str.; OLG 26, 190). Hypotheken werden durch die Erstreckung nicht zu Gesamthypotheken (§ 890 A 6). Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden an dem zugeschriebenen Grundstück erstrecken sich ebensowenig wie sonstige dingliche Rechte daran auf das Hauptgrundstück (§ 890 A 6). Sind auf dem Hauptgrundstück Hypotheken gelöscht, die nach §§ 14, 15 AufwG der Aufwertung kraft Vorbehalts oder Rückwirkung unterliegen, so tritt trotz der Löschung das zugeschriebene Grundstück in die Haftung für die Hypotheken in Höhe des Aufwertungsbetrags ein (JW 1926, 64[2]).

3. Alle dinglichen **Rechte am zugeschriebenen Grundstück,** nicht bloß Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden, **gehen den Hypotheken** (Grundschulden oder Rentenschulden) **des Hauptgrundstücks** bezüglich der Belastung des zugeschriebenen Grundstücks **im Range vor,** Hypotheken auch solchen Hypotheken, die bereits vor der Zuschreibung auch auf dem Hauptgrundstück eingetragen standen (OLG 26, 190; 39, 221). Bleibt hiernach das zugeschriebene Grundstück mit Rechten besonders belastet, so behält es trotz der Zuschreibung seine Selbständigkeit insofern, als die Gläubiger es zu ihrer Befriedigung ohne das Hauptgrundstück zur Zwangsversteigerung bringen oder im Falle der Zwangsversteigerung des ganzen Grundstücks Einzelausgebote verlangen können. Ist das ganze Grundstück auf Grund eines Gesamtausgebots zugeschlagen, so ist unter entsprechender Anwendung des § 112 ZVG der Erlös auf die beiden Grundstücke zu verteilen (KGJ 31 A 242).

§ 1132

Besteht [1]) für die Forderung [2]) eine Hypothek [3]) an mehreren Grundstücken [4]) (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung [5]). Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen [6]).

Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet [7]). Auf die Verteilung finden die Vorschriften der §§ 875, 876, 878 entsprechende Anwendung[8]).

E I 1071, 1078 II 1040; M 3 668, 682ff.; P 3 568, 573f., 629.

1. Eine Gesamthypothek **besteht** nicht nur dann, wenn mehrere Grundstücke von vornherein mit einer Hypothek für dieselbe Forderung belastet worden sind (§ 49 Abs 1 Satz 1 GBO) oder wenn nachträglich an einem Grundstück Hypothek für eine Forderung bestellt ist, für die eine Hypothek bereits an einem anderen Grundstück bestand (§ 49 Abs 1 Satz 2 GBO), sondern auch dann, wenn das mit einer Hypothek belastete Grundstück in mehrere selbständige Grundstücke zerlegt und die Hypothek auf die Grundbuchblätter für die abgeschriebenen Teile übertragen worden ist (§ 49 Abs 1 Satz 2, § 47 Abs 2 GBO; RJA 8, 272; 11, 128; JW 1927, 274[3]). Eine gelöschte Hypothek auf einem veräußerten Grundstücksteil ist übrigens auch dann vom Grundbuchrichter zu übertragen, wenn die Möglichkeit besteht, daß sie nach § 14 (kraft Vorbehalts) oder § 15 (kraft Rückwirkung) aufzuwerten und nach §§ 20, 6 AufwG in Höhe des Aufwertungsbetrags wieder einzutragen ist (JFG 3, 417; OLG 45, 15). Streitig ist, ob im Falle des Übergangs des belasteten Grundstücks von einem Alleineigentümer auf mehrere Miteigentümer nach Bruchteilen eine Gesamthypothek entsteht. Diese Frage ist zu bejahen. Nach herrschender und richtiger Meinung entsteht eine Gesamthypothek, wenn Miteigentümer ihre Anteile besonders gleichzeitig oder nacheinander mit einer Hypothek für dieselbe Forderung belasten (KGJ 30 A 260; auch **RG** 52, 360; 81, 83). Ebenso entsteht auch bei einer Gewerkschaft alten Rechts, bei der das Bergwerk nicht Eigentum der Gewerkschaft als solcher, sondern Eigentum der Gewerken nach Bruchteilen ist (KGJ 52, 210), im Falle der getrennten Belastung der Anteile der Gewerken am Bergwerk (Kuxe) mit einer Hypothek für dieselbe Forderung eine Gesamthypothek (KGJ 52, 211 mit dem Zusatz: Ist gegen die Gewerkschaft ein nach § 50 Abs 2 ZPO zulässiges Urteil auf Zahlung einer Geldsumme erlassen, so kann eine Zwangshypothek in das Grundbuch über das Bergwerk, das zum Zweckvermögen der Gewerkschaft gehört, als Einzelhypothek eingetragen werden). Dieselben Grund-

sätze müssen aber auch bei nachträglicher ideeller Teilung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks gelten. Denn aus § 1114 folgt, daß Miteigentumsanteile hinsichtlich der hypothekarischen Belastung selbständigen Grundstücken gleichstehen (KGJ 52, 217). Im Falle der Zerteilung des belasteten Eigentums in Miteigentumsanteile, die verschiedenen Personen gehören, oder im Falle der Abveräußerung eines Bruchteils des Grundstücks durch den bisherigen Alleineigentümer an einen anderen ist mithin die Hypothek ebenso wie im Falle der realen Teilung des Grundstücks kraft Gesetzes als an mehreren Grundstücken haftend anzusehen (**RG** 123, 75; KGJ 30 A 258; vgl. auch **RG** 20, 270 und für den Fall, daß zwei Personen ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück je zur Hälfte käuflich erwerben und die Hypothek als Gesamtschuldner übernehmen, JFG 1, 482 in § 1173 A 2). Ist im Falle der Abveräußerung eines Bruchteils eine gelöschte, aber nach dem AufwG aufzuwertende und wiedereinzutragende Hypothek (s. oben) auf dem abveräußerten Bruchteil wegen der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 20 AufwG, § 892 BGB) nicht wiedereintragbar, so haftet sie zum vollen Betrage auf dem dem bisherigen Alleineigentümer verbliebenen Bruchteil allein (**RG** 123, 74). Keine Gesamthypothek entsteht, wenn mehrere Miteigentümer gemeinsam eine Hypothek am ganzen Grundstück bestellen (A 4). — Den Hypothekenbrief für eine Gesamtbriefhypothek regeln §§ 59, 63 GBO. Wird eine solche Hypothek an mehreren Grundstücken bestellt, die im Eigentum verschiedener Personen stehen, so erwirbt der Gläubiger die Hypothek nur dann, wenn ihm der Brief von allen Eigentümern übergeben wird (§ 1117 A 2). Wenn mit einer Briefhypothek nachträglich noch ein anderes Grundstück belastet werden soll, ist nach § 49 Satz 2, § 42 Satz 1 GBO der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt vorzulegen und mit ihm nach § 63 GBO zu verfahren. Zulässig ist auch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Briefhypothek, die mit der bereits bestehenden Hypothek eine Gesamthypothek bilden soll (z. B. wenn der Eintragung der neuen Hypothek ein Hindernis entgegensteht). Auf eine solche Vormerkung sind die §§ 42, 49, 63 GBO nicht anwendbar; insbesondere bedarf es nicht der Vorlegung des Briefs (RJA 12, 267). — Soll eine Gesamtbuchhypothek übertragen oder belastet (verpfändet, gepfändet) werden, so muß die Übertragung oder Belastung mit Rücksicht darauf, daß die Gesamthypothek ein einheitliches hypothekarisches Recht an mehreren Grundstücken ist, auf sämtliche belastete Grundstücke eingetragen werden (§§ 873, 1154 Abs 3, 1274, ZPO § 830; SeuffA 86 Nr 166). Fehlt die Eintragung auch nur auf einem Grundstück, so ist die Verfügung überhaupt unwirksam (**RG** 63, 74; RJA 8, 136; 12, 254; KGJ 39 A 250). Da die uneinheitliche Eintragung unzulässig ist, tritt auch keine Heilung ein, wenn die Hypothek später auf dem Grundbuchblatt, auf dem die Eintragung nicht erfolgt war, gelöscht wird (RJA 12, 254; 13, 138). Ist ein rechtsgeschäftlich bestelltes Pfandrecht an der Gesamthypothek zwar auf dem einen Grundstück früher als eine Pfändung der Hypothek eingetragen, aber auf dem anderen Grundstück umgekehrt die Pfändung früher als die Pfandbestellung, so hat die Pfändung den Vorrang vor dem Pfandrecht, und zwar an der Hypothek auf beiden Grundstücken (KGJ 39 A 248). Dieses Rangverhältnis ergibt sich aus dem Zusammenhalt der verschiedenen Eintragungen auf den beiden Grundstücken. Der Inhalt der Eintragungen ist aber nicht, wie in KGJ 39 A 248 angenommen ist, wegen der Verschiedenheit der Zeitfolge unzulässig. Wegen der Einheitlichkeit des Hypothekenrechts ist zu Änderungen des Inhalts einer Gesamthypothek, die der Zustimmung des Eigentümers bedürfen (§§ 873, 877), die Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke erforderlich. Die Wirkungen der vollständigen oder teilweisen Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek sind verschieden, je nachdem die Befriedigung erfolgt durch einen der mehreren Eigentümer (§§ 1143 Abs 2, 1173, 1176) oder durch den persönlichen Schuldner (§§ 1174, 1176) oder aus einem der mehreren Grundstücke (§§ 1181 Abs 2, 1182). Die Folgen des Verzichts und der Ausschließung des Gläubigers bei der Gesamthypothek ergeben sich aus den §§ 1175, 1176.

2. Die mehreren Grundstücke müssen **für eine und dieselbe Forderung** hypothekarisch belastet sein (**RG** 63, 74; 81, 79; RJA 2, 94; 3, 208; 8, 136; 11, 128; KGJ 39 A 248). Dieser Fall liegt nicht vor, wenn von mehreren Gesamtschuldnern (§ 421) jeder an seinem Grundstück für die gegen ihn gerichtete Forderung dem Gläubiger eine Hypothek bestellt (**RG** HRR 1931 Nr 1653) oder wenn von dem Hauptschuldner Hypothek für die Hauptforderung und von dem Bürgen für die Bürgschafsforderung Hypothek bestellt ist. Hier besteht also keine Gesamthypothek, sondern es bestehen selbständig nebeneinanderstehende Einzelhypotheken des Gläubigers. Wie der Gläubiger einer Gesamthypothek nach §§ 1175 Abs 1 Satz 2, 1176 lediglich bezüglich eines Grundstücks auf einen Teil der Hypothek verzichten oder ihn gemäß §§ 875, 1183 aufheben (JFG 4, 409) kann, so ist es auch zulässig, daß eines von zwei Grundstücken nur für einen Teil der an dem anderen Grundstück in vollem Umfang gesicherten Forderung mit der Hypothek belastet wird. Dann besteht für diesen Teil eine Gesamthypothek, im übrigen eine Einzelhypothek an dem anderen Grundstück (KGJ 21 A 169; OLG 20, 414; 26, 164). Ebenso ist es zulässig, das eine Grundstück hinsichtlich der Nebenleistungen, insbesondere der Zinsen, höher zu belasten als das andere Grundstück. Auch in diesem Falle ist die Hypothek bezüglich der höheren Nebenleistungen eine Einzelhypothek (KGJ 21 A 168; RJA 11, 128). Unzulässig ist es aber, daß die Hypothekenforderung hinsichtlich

der Zahlungs- und Kündigungsbedingungen für die einzelnen Grundstücke verschieden gestaltet wird. Denn die Fälligkeit gehört zum Inhalt der Forderung, und dieselbe Forderung kann nicht bald als fällig, bald als nicht fällig gelten (str.; RJA 11, 127; JW 1923, 1038[1]). Allerdings kann, da der Gläubiger sich an jedes Grundstück nach seinem Belieben halten kann, zwischen ihm und dem Eigentümer für eines der Grundstücke eine andere Fälligkeit der Hypothek vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung betrifft aber nicht die Forderung, sondern das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer als solchem (§ 1157). — Aus der Begriffsbestimmung, die § 1132 für die Gesamthypothek gibt, aus dem Wesen der Hypothek als Nebenrecht der Forderung, zu deren Sicherung sie dient (§ 1113 A 5), und aus der im § 1153 Abs 2 bestimmten Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung bei der Übertragung ist zu folgern, daß für dieselbe Forderung nicht mehrere Einzelhypotheken an verschiedenen Grundstücken bestellt werden können, sondern nur eine Gesamthypothek, und daß in allen Fällen, in denen eine Hypothek an mehreren Grundstücken für dieselbe Forderung besteht, eine Gesamthypothek vorliegt (KGJ 35 A 314; 49, 223). Das gilt auch dann, wenn in den Eintragungsvermerken die ausdrückliche Bezeichnung als Gesamthypothek fehlt (SeuffA 86 Nr 166). Soll eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) für alle Forderungen des Gläubigers aus der Geschäftsverbindung mit dem Eigentümer an mehreren Grundstücken bestellt werden, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß eine Gesamthypothek zu einem einheitlichen Höchstbetrag bestellt wird. Unzulässig wäre es, je eine selbständige Hypothek an den einzelnen Grundstücken zu je einem Teil des in Wirklichkeit gewollten (ganzen) Höchstbetrags zu bestellen. Denn die gesicherten Forderungen wären dem Grunde und dem Umfange nach bei jeder Hypothek dieselben. Die Hypotheken hätten also trotz ihrer Einzeleintragung nach § 1132 rechtlich als Gesamthypothek zu gelten. Damit stände aber in Widerspruch, daß die Höchstbeträge bei den einzelnen Hypotheken sich nur als Teilbeträge darstellten (KGJ 49, 222; JW 1920, 447[11]). Wie aber bei andern Hypotheken die gesicherte Forderung geteilt (§ 1151) und eine Hypothek in selbständige Einzelhypotheken für die einzelnen Forderungsteile zerlegt oder je eine Einzelhypothek für einen Teil an verschiedenen Grundstücken oder an demselben Grundstück bestellt werden kann (§ 1113 A 5; **RG** 113, 233), so ist dies auch zulässig hinsichtlich des Kreises von Forderungen, der durch Höchstbetragshypothek gesichert ist oder gesichert werden soll. Es muß dann aber bei den Einzelhypotheken für die Teilbeträge klargestellt sein, um welche Teilbeträge es sich bei jeder von ihnen handelt. So kann z. B. eine neue Einzel-Höchstbetragshypothek an dem einen Grundstück für den Teil des Kreises der Forderungen bestellt werden, der sich bei der Feststellung des Schlußguthabens des Gläubigers als nicht durch eine schon bestehende Einzel-Höchstbetragshypothek an dem andern Grundstück gedeckt ergeben würde. Die neue Hypothek ist dann als eine bedingte Hypothek (§ 1113 A 2) anzusehen (KGJ 53, 215; JW 1920, 447[11]; JFG 1, 492).

3. **Eine Hypothek** muß an den mehreren Grundstücken bestehen. Daraus folgt, daß das hypothekarische Recht an allen Grundstücken gleichartig sein muß. Andernfalls würden innerhalb der einheitlichen Gesamthypothek verschiedene Gesetzesvorschriften für die einzelnen belasteten Grundstücke Platz greifen können, z. B. beim Erwerb der Hypothek (§ 1117), bei der Abtretung (§ 1154 Abs 1, 3), bei der Rechtsvermutung für das Bestehen der persönlichen Forderung (§§ 1138, 1156, 1184, 1185 Abs 2). Unzulässig ist daher z. B.: die nicht einheitliche Veränderung des Gläubigerrechts auf den einzelnen haftenden Grundstücken (OLG 45, 21; s. unten); die Bestellung einer Gesamthypothek in der Weise, daß dieselbe Forderung durch Buchhypothek an dem einen und durch Briefhypothek an dem anderen Grundstück gesichert wird oder durch eine Verkehrshypothek und eine Sicherungshypothek (**RG** 70, 245; 77, 175; 98, 111; RJA 2, 94; 3, 208; 12, 271; KGJ 40 A 299; OLG 10, 100; 20, 413); die Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek nur auf einem der haftenden Grundstücke (JFG 4, 412). Zulässig ist aber die Bestellung einer Verkehrshypothek an dem einen Grundstück und zugleich einer aufschiebend bedingten Ausfall-Sicherungshypothek an einem anderen Grundstück für dieselbe Forderung (§ 1113 A 2; unten A 5). Aus der notwendigen Einheitlichkeit der Gesamthypothek ist auch zu folgern: Soll eine Einzelbuchhypothek nachträglich durch Bestellung einer Hypothek an einem anderen Grundstück für dieselbe Forderung zu einer Gesamtbuchhypothek erweitert werden, so braucht die Bewilligung der Eintragung der neuen Hypothek nicht ausdrücklich die Ausschließung der Erteilung des Hypothekenbriefs gemäß § 1116 Abs 2 zu enthalten. Denn diese Ausschließung hat als von den Beteiligten selbstverständlich gewollt zu gelten (**RG** 77, 176). — Streitig ist, ob die Eintragung einer Zwangshypothek (§ 867 ZPO) für eine bereits durch Vertragshypothek gesicherte Forderung auf ein anderes Grundstück desselben Schuldners zulässig ist. Dies ist zwar zu bejahen, da das Bestehen einer Vertragshypothek der Zwangsvollstreckung aus dem Schuldtitel durch Eintragung der Zwangshypothek an einem anderen Grundstück nicht entgegensteht (RJA 3, 211; 14, 202; OLG 5, 332). Durch diese Eintragung wird aber keine Gesamthypothek begründet, da die hypothekarischen Rechte an den mehreren Grundstücken verschiedenartige sind (a. M. OLG 5, 332; RJA 3, 208; KGJ 27 A 142). Vielmehr sind die Hypotheken als Einzelhypotheken anzusehen. Allerdings können für eine und dieselbe Forderung in der Regel nicht mehrere Einzelhypotheken bestehen, weil die Einheitlichkeit der Forderung sie mit Notwendigkeit zu einer ein-

heitlichen, also zu einer Gesamthypothek zusammenfaßt (RJA 9, 139; OLG 10, 100). Aber in dem hier behandelten Falle hat die Forderung durch den Schuldtitel eine neue besondere Kraft und Gestaltung erlangt. Daher ist die Zwangshypothek für diese vollstreckbare Forderung als selbständig für sich bestehende Hypothek zu erachten, mit der Maßgabe, daß durch einmalige Befriedigung mit tilgender Wirkung die Forderung des Gläubigers bei beiden Hypotheken erlischt. Die Entscheidungen in KGJ 44, 285 (gegen RJA 3, 208) und in RJA 14, 223 (gegen RJA 14, 202) sind dieser Begründung entgegengetreten und haben die Eintragung einer Zwangshypothek bei schon vorhandener Vertragshypothek für dieselbe Forderung überhaupt für unzulässig erklärt. § 1132 Abs 1 Satz 1 bestimmt aber lediglich, daß jedes Grundstück für die ganze Forderung haftet, wenn für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken besteht. Aus dieser für die vertragsmäßig bestellte Hypothek des BGB gegebenen Bestimmung kann aber nicht gefolgert werden, daß dem durch Vertragshypothek an dem einen Grundstück des Schuldners gesicherten Gläubiger, der wegen der Forderung nachträglich einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt, wegen des Bestehens der Vertragshypothek die nach der ZPO sonst zulässige Zwangsvollstreckung in ein anderes Grundstück des Schuldners im Wege der Eintragung einer Zwangshypothek zu versagen ist. Allerdings wird durch die Erlangung des Schuldtitels die rechtliche Natur der Forderung nicht geändert (RG 78, 408). Aber der Schuldtitel gewährt dem Gläubiger das Recht, sich zwangsweise ein weiteres Sicherungsmittel für die Forderung zu beschaffen. Der Auffassung der Vertragshypothek und der Zwangshypothek als Einzelhypotheken steht auch nicht entgegen, daß der Kreis der dinglichen Rechte im BGB ein geschlossener ist. Die Zwangshypothek gilt zwar nach ihrer Eintragung gemäß §§ 866, 867 ZPO auch als eine Sicherungshypothek im Sinne des BGB; jedoch bestehen für sie nach § 868 ZPO Sonderbestimmungen (RG 78, 407). Im übrigen ist sie, obwohl die Vorschriften des BGB über die vertragsmäßige Sicherungshypothek für sie gelten, doch ein von dieser verschiedenes Rechtsgebilde. Denn sie gelangt durch einen Zwangsvollstreckungsakt auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels zur Entstehung, beruht also nicht auf einer Einigung der Beteiligten. Vor allem aber bestimmt sich die Zulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek als einer Zwangsvollstreckungsmaßregel lediglich nach der ZPO. Diese enthält keine Bestimmung, aus der die Unzulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek bei schon vorhandener Vertragshypothek für dieselbe Forderung zu entnehmen wäre (RG 98, 107ff.). Auch aus § 867 Abs 2 ZPO, wonach der Gläubiger den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen hat, wenn mehrere Grundstücke des Schuldners mit der Zwangshypothek belastet werden sollen, ist nicht zu folgern, daß der Gläubiger auf einen Teil der auf dem einen Grundstück eingetragenen Vertragshypothek verzichten müßte, um für den anderen Teil der Forderung eine Zwangshypothek auf ein anderes Grundstück eintragen lassen zu können. Hätte das Gesetz gewollt, daß der Gläubiger auf ein Vertragsrecht in dieser Weise verzichten müßte, um sein Vollstreckungsrecht, und zwar auch nur in beschränktem Umfange, ausüben zu können, so hätte es hierüber ausdrücklich Bestimmung treffen müssen. Ähnliches war im § 1131 Entw I des BGB geplant; der Plan ist aber nicht Gesetz geworden. Auf diesem Standpunkt steht auch RG 98, 108. Dort ist ausgeführt: Wenn bereits eine Zwangshypothek für die ganze Forderung eingetragen sei und dann für dieselbe Forderung noch eine Zwangshypothek auf ein anderes Grundstück eingetragen werden solle, so müsse allerdings in entsprechender Anwendung des § 867 Abs 2 ZPO der Gläubiger in Höhe des neu einzutragenden Betrags auf die bereits bestehende Zwangshypothek Verzicht leisten; mangels einer Gesetzesvorschrift gelte dies aber nicht für die Eintragung einer Zwangshypothek nach erfolgter Eintragung einer Vertragshypothek für dieselbe Forderung. Übrigens kann auch für die durch Vertragshypothek gesicherte Forderung in Vollziehung eines Arrestes eine Arresthöchstbetragshypothek gemäß § 932 Abs 1 ZPO eingetragen werden. Nach der Natur dieser Hypothek scheint es aber noch unannehmbarer, daß die vorbezeichnete Verteilung stattfinden müßte, obwohl § 867 Abs 2 nach § 932 Abs 2 ZPO auch auf die Arresthöchstbetragshypothek anzuwenden ist. Erlangt der Gläubiger demnächst für die Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel, so kann er die Arresthypothek in eine Zwangshypothek umwandeln lassen (KGJ 40, 314). Bei der Eintragung der Zwangshypothek wird § 49 Abs 1 GBO dahin entsprechend anzuwenden sein, daß bei der Vertragshypothek vermerkt wird, für die gesicherte Forderung sei auch noch eine Zwangshypothek auf einem anderen Grundstück eingetragen. Dadurch wird größere Sicherheit dagegen geboten, daß der Gläubiger aus beiden Hypotheken doppelte Befriedigung wegen seiner Forderung erlangt (RG 98, 111). — Aus der Einheitlichkeit des hypothekarischen Rechts folgt ferner: Die Gesamthypothek kann nicht an den einzelnen Grundstücken verschiedenen Gläubigern (s. oben) zustehen. Das Hypothekenrecht an einem Grundstück kann also auch nicht für sich allein auf einen anderen übertragen werden, sofern nicht der Gläubiger auf das Hypothekenrecht an dem anderen Grundstück gemäß § 1175 Abs 1 Satz 2 verzichtet (JFG 3 S. 357, 360). Die Hypothekenrechte an den einzelnen Grundstücken können auch nicht verschieden belastet (insbesondere durch Pfandbestellung, Pfändung: § 1274; ZPO §§ 804, 830) werden (RG 63, 75; RJA 8, 136; KGJ 39 A 248; OLG 12, 289). Dagegen ist eine Änderung des Ranges bei den einzelnen Hypothekenrechten für sich allein zulässig, da ihr Rangverhältnis zu anderen Rechten an den einzelnen Grundstücken nicht das Wesen der Ge-

samthypothek berührt. Daß die Erhöhung oder Ermäßigung des Kapitals oder der Nebenleistungen der einzelnen Hypothekenrechte für sich allein zulässig ist, folgt aus dem in A 2 Bemerkten. Daher bedarf es in diesen Fällen nur der Zustimmung des Eigentümers des einzelnen Grundstücks (§§ 880 Abs 2 Satz 2, 877, 873), nicht aller Eigentümer (A 1), abgesehen von dem Erfordernis der Zustimmung der im Range nachstehenden Berechtigten im Falle der Erhöhung nach §§ 877, 1119. Für Zwangs- und Arresthypotheken gilt nach §§ 867 Abs 2, 932 Abs 2 ZPO die bereits erwähnte Sondervorschrift, daß der Betrag der Forderung von dem Gläubiger auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen ist, wenn die hypothekarische Sicherung auf mehrere Grundstücke des Schuldners eingetragen werden soll. Hierdurch ist die Eintragung einer Gesamthypothek für die ganze Forderung ausgeschlossen. Die Hypotheken für die einzelnen Teilbeträge sind besondere Einzelhypotheken (OLG 3, 201; 5, 332). Eine (versehentlich erfolgte) Eintragung als Gesamthypothek ist im ganzen inhaltlich unzulässig im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO. Dadurch entsteht auch nicht etwa nach § 868 ZPO, der überhaupt nicht in Betracht kommt, eine Eigentümergrundschuld (KGJ 40 A 310). Die Einzelhypotheken über gleichhohe Beträge können aber nachträglich im Wege der Forderungsauswechselung (§ 1180) und Umwandlung (§ 1186) zu einer Darlehnsgesamthypothek werden (HRR 1933 Nr 201). Auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels gegen verschiedene Eigentümer mehrerer Grundstücke als Gesamtschuldner ist die Eintragung einer Gesamtzwangshypothek wegen der ganzen Forderung zulässig. Denn § 867 Abs 2 ZPO schreibt die Verteilung nur bei mehreren Grundstücken des einen Schuldners zu seinen Gunsten vor (RJA 2, 87; 2, 97; OLG 11, 329).

4. Mehrere Grundstücke müssen belastet sein. Über den Begriff des Grundstücks und darüber, wann mehrere selbständige Grundstücke vorliegen, vgl. § 873 A 4. Hervorzuheben ist hier, daß eine Gesamthypothek auch im Falle der Eintragung der belasteten Grundstücke auf ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt bestehen kann, sofern die Grundstücke als selbständige gebucht sind (§§ 4, 86, 87 GBO). Bestellen mehrere Miteigentümer eine Hypothek am ganzen Grundstück, so entsteht keine Gesamthypothek, weil die Teilhaber durch ihre Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Sinne des § 747 Satz 2 die Hypothek rechtlich als Einzelhypothek an dem einen Grundstück gestalten (**RG** JW 1910, 473[12]; RJA 11, 286; § 1163 A 6). Auch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Gesamthypothek (A 1) erscheint ausgeschlossen, da auf diesem Umweg die Hypothek entgegen dem maßgebenden Willen der Beteiligten in Wirklichkeit einer Gesamthypothek gleichgestellt werden würde (str., a. M. RJA 11, 286). Die Miteigentumsanteile haben für die Befriedigung der Hypothek aus dem Grundstück keine selbständige Bedeutung; die Miteigentümer gelten hinsichtlich der Zahlung, des Verzichts usw. als ein Eigentümer. Nur kann, wie sich aus § 864 Abs 2 ZPO ergibt, auch in einen Miteigentumsanteil allein die Zwangsvollstreckung wegen der ganzen Hypothekenforderung betrieben werden (**RG** Gruch 55, 674). Anders liegt der Fall der besonderen Belastung der einzelnen Anteile (A 1). Über den Einfluß der Zuschreibung oder der Vereinigung der belasteten Grundstücke auf die Gesamthypothek vgl. § 890 A 3, 6. — Wird für eine Forderung, für die bereits eine Hypothek an einem Grundstück besteht, noch eine Hypothek an einem anderen Grundstück bestellt, so daß nun eine Gesamthypothek entsteht, so ist nach der Ordnungsvorschrift des § 49 Abs 1 GBO auf dem Blatt jedes Grundstücks die Mitbelastung des anderen von Amts wegen zu vermerken. Hat das neu zu belastende Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt, so genügt zur Entstehung der Hypothek an diesem Grundstück nicht, wenn lediglich bei der Hypothek an dem bisher allein belasteten Grundstück vermerkt wird, daß nunmehr auch das andere Grundstück für die Hypothekenforderung hafte. Ein solcher Mithaftvermerk ist für sich allein keine Eintragung der Hypothek auf das Grundbuchblatt über das andere Grundstück im Sinne des § 873 (**RG** Warn 1915 Nr 116). Diese Eintragung muß vielmehr auf dem Blatt des neu zu belastenden Grundstücks erfolgen und die wesentlichen Merkmale der Hypothek enthalten (SeuffA 86 Nr 166). Sind aber mehrere selbständige Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt gebucht und soll in die Haftung für eine bereits eingetragene Hypothek ein weiteres Grundstück des Bestandsverzeichnisses neu eintreten, so ist nicht erforderlich, daß die Hypothek auf dieses Grundstück nochmals ihrem vollen Inhalt nach unter einer neuen Nummer (in Preußen in der Hauptspalte der Abteilung III) eingetragen wird. Denn dadurch würde eine unnötige Anfüllung des Grundbuchs, die zu vermeiden ist, herbeigeführt werden. Die neue Hypothekeintragung kann auf anderem, einfacherem Wege im Sinne des § 873 deutlich erkennbar bewirkt werden, nämlich so, daß bei der gebuchten Hypothek der Mithaftvermerk (in Preußen in Spalte 7 „Veränderungen") eingetragen und ferner in der die Bezeichnung des belasteten Grundstücks betreffenden Spalte (in Preußen Spalte 3) die laufende Nummer des neu belasteten Grundstücks beigefügt wird. Die Eintragung des Mithaftvermerks allein genügt aber auch hier nicht (**RG** Warn 1915 Nr 116). — Auf ein Grundstück können nicht mehrere Hypotheken für dieselbe Forderung eingetragen werden. Denn das aus der Hypothekbestellung gemäß § 1113 folgende Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück kann nicht für dieselbe Forderung mehrfach gewährt werden (OLG 6, 478; KGJ 53, 215). Dies gilt auch dann, wenn die neue Hypothek einen besseren Rang als die frühere haben soll (a. M. OLG 12, 282). Hier muß der Weg der Vorrangseinräumung beschritten werden. Wird

jedoch nur ein Teil einer Forderung durch Hypothekeintragung gesichert, so kann nachträglich für den andern Teil an demselben oder an einem andern Grundstück eine weitere Einzelhypothek eingetragen werden (KGJ 53, 217; auch **RG** 113, 233). Ist eine Höchstbetragshypothek eingetragen, so kann eine weitere Einzel-Höchstbetragshypothek an demselben oder an einem anderen Grundstück eingetragen werden für den Betrag des Kreises der gesicherten Forderungen, der sich bei der Feststellung des Schlußguthabens des Gläubigers als durch die erste Hypothek nicht gedeckt ergeben würde. Die zweite Hypothek ist dann als eine bedingte Hypothek (§ 1113 A 2) anzusehen (oben A 2 a. E.). Ist eine Höchstbetragshypothek für Forderungen aus Kreditgewährung eingetragen, so kann aber auch im Falle der Erhöhung des Kredits eine weitere Einzel-Höchstbetragshypothek allein für die aus dem weiteren Kredit sich ergebenden Forderungen an demselben oder an einem andern Grundstück bestellt werden (KGJ 53, 212). — Die mehreren Grundstücke müssen im Inlande belegen sein. Ist ein Grundstück im Auslande belegen, so ist die Hypothek an dem inländischen Grundstück nur als Einzelhypothek anzusehen (KGJ 39 B 46; vgl. auch **RG** 55, 263).

5. Die **ganze Forderung**, für die **jedes Grundstück haftet**, kann auch ein Teilbetrag einer Forderung sein, wenn für diesen allein Gesamthypothek bestellt ist (A 2). Unzulässig aber ist die Bestellung einer Gesamthypothek mit der Abrede, daß das eine Grundstück nur für den aus dem anderen nicht beizutreibenden Betrag haften soll. Denn der gesetzliche Inhalt dinglicher Rechte kann durch Parteiabrede nicht geändert werden (RJA 9, 137). Zulässig ist aber nach **RG** 70, 248 die Eintragung einer selbständigen Sicherungshypothek mit der Bedingung, daß eine auf einem anderen Grundstück eingetragene Verkehrshypothek einen Ausfall erleide (§ 1113 A 2; oben A 3).

6. Das **freie Wahlrecht** hinsichtlich der **Befriedigung aus den Grundstücken** kann der Gesamthypothekengläubiger dadurch ausüben, daß er entweder selbst die Zwangsvollstreckung (in einzelne oder mehrere Grundstücke wegen der ganzen Forderung oder eines Teiles davon) betreibt (§ 1145) oder daß er, wenn ein anderer betreibender Gläubiger ist, bestimmt, ob und zu welchem Betrage seine Befriedigung aus dem einzelnen oder den mehreren zur Zwangsversteigerung gestellten Grundstücken erfolgen soll (§ 50 Abs 2 Nr 2, Abs 3, §§ 63, 112, 122, 123 ZVG). Das Wahlrecht erfährt aber für den Fall der gemeinsamen Zwangsversteigerung mehrerer belasteter Grundstücke (§§ 2, 18 ZVG; **RG** JW 1901, 383) auf Betreiben eines nachstehenden Gläubigers Einschränkungen durch die Vorschriften des § 64 ZVG. Dagegen wird es durch ein neben der Hypothek bestehendes Pfandrecht an einer beweglichen Sache des Schuldners für dieselbe Forderung nicht eingeschränkt (§ 1230; **RG** 98, 74). Die Pfandhaftung gibt dem Schuldner lediglich unter den Voraussetzungen des § 777 ZPO ein Widerspruchsrecht (beneficium excussionis realis) gegen die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen (**RG** 98, 109). Regelmäßig erlischt die Gesamthypothek an allen Grundstücken, wenn der Gläubiger aus einem von ihnen befriedigt wird (§ 1181 Abs 2). Ausnahmsweise bleibt aber die Hypothek an den anderen Grundstücken bestehen für den Ersatzanspruch des Eigentümers, aus dessen Grundstück die Befriedigung erfolgt ist (§ 1182). Sucht der Gesamthypothekengläubiger nur aus einem der belasteten Grundstücke seine Befriedigung, so haben die ihm im Range nachgehenden Hypothekengläubiger dieses Grundstücks ein Ablösungsrecht (§§ 1150, 268).

7. Infolge der **Verteilung des Forderungsbetrags auf die einzelnen Grundstücke** erlischt die Hypothek an diesen in Höhe der darauf nicht zugeteilten Beträge. Die Gesamthypothek zerfällt in Einzelhypotheken für die Teilbeträge (**RG** 113, 233). Das Erlöschen der Mitbelastung ist gemäß § 49 Abs 2 GBO von Amts wegen zu vermerken. Handelt es sich um eine Briefhypothek, so ist gemäß §§ 64, 68, 69 GBO für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen (SeuffA 60 Nr 56). Die Verteilung wird besonders in Fällen der Teilabtretung zweckmäßig erscheinen können. Verlangen kann sie im Falle der Eigentümer-Gesamthypothek jeder Eigentümer der belasteten Grundstücke nach Maßgabe des § 1172 Abs 2. Nach § 23 AufwG hat die Aufwertungsstelle, wenn vor der Wiedereintragung einer gelöschten, aber nach § 14 oder § 15 aufgewerteten Hypothek eine nach § 20 (bei gutgläubigem Erwerb) im Range vorgehende Gesamthypothek eingetragen worden ist, auf den bis zum 1. 1. 1926 zu stellenden Antrag des Gläubigers den bei angemessener Verteilung auf die mitverhafteten Grundstücke entfallenden Betrag zu bestimmen; in Höhe dieses Betrags ist der Aufwertungshypothek der Vorrang einzuräumen. Ergänzt wird diese Vorschrift durch § 13 AufwNov. v. 9. 7. 1927.

8. Aus der **entsprechenden Anwendung der §§ 875, 876,** 878 folgt: Die Verteilung ist vom Gläubiger gegenüber dem Grundbuchamt oder den Eigentümern der belasteten Grundstücke zu erklären (§ 875 A 7). Sie bedarf der Eintragung auf die in Betracht kommenden Grundbuchblätter (§ 875 Abs 1). Vor der Verteilungseintragung ist der Gläubiger an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie in der Form des § 875 Abs 2 abgegeben hat (§ 875 A 9; KGJ 37 A 307). Durch eine nach der Bindung und dem Eintragungsantrag eintretende Verfügungsbeschränkung des Gläubigers wird die Erklärung nicht unwirksam (§ 878; dort A 3). Ist die Gesamthypothek mit dem Recht eines Dritten belastet, so ist dessen Zustimmung zu der Verteilung erforderlich (§ 876; dort A 3). Die Zustimmung der Eigentümer ist nicht notwendig. Denn die Anwendung des für die Aufhebung der Hypothek geltenden § 1183 ist für die Verteilung nicht vorgeschrieben.

Streitig ist, ob dennoch (formellrechtlich) zur Vornahme der Eintragung nach § 27 Abs 1 GBO die Beibringung dieser Zustimmung vom Grundbuchamt zu erfordern ist. Das ist zu verneinen, weil die Eintragung der Verteilung keine Löschung im Sinne dieser Gesetzesvorschrift ist (**RG** 70, 91; KGJ 37 A 307; 47, 209; a. M. RJA 2, 240).

§ 1133

Ist infolge einer Verschlechterung des Grundstücks [1]) die Sicherheit der Hypothek gefährdet [2]), so kann der Gläubiger dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen [3]). Nach dem Ablaufe der Frist ist der Gläubiger berechtigt, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen [4]), wenn nicht die Gefährdung durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekenbestellung [5]) beseitigt worden ist [6]). Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Gläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt [7]).

E I 1073 II 1041; M 3 670ff.; P 3 569f.

1. Vorausgesetzt wird im § 1133 eine bereits eingetretene **Verschlechterung des Grundstücks.** Im Falle erst drohender Verschlechterung können nur Maßregeln nach § 1134 in Frage kommen (**RG** 52, 296). Unter Verschlechterung ist zu verstehen eine den allgemeinen Verkehrswert mindernde, infolge bestimmter Ereignisse oder auch allmählich (z. B. durch Unterlassung von Vorkehrungen gegen Beschädigungen des Grundstücks: OLG 32, 389) nach Eintragung der Hypothek eintretende Veränderung des Zustandes des Grund und Bodens oder seiner Bestandteile. Beispielsfälle: Abbruch oder Verfallenlassen von Gebäuden, auch deren Wertminderung infolge Alters (str.). Dagegen ist die Unterlassung der Versicherung, insbesondere von Gebäuden gegen Feuersgefahr, nicht eine „bereits eingetretene" Verschlechterung im Sinne des § 1133. Aus dieser Unterlassung kann sich nur die „Besorgnis" der Verschlechterung gemäß § 1134 ergeben (**RG** 52, 295; a. M. OLG 4, 485). Dasselbe gilt auch für die Herabsetzung der Versicherungssumme bei der Versicherung eines an Stelle eines alten abgebrochenen Gebäudes errichteten neuen Gebäudes (OLG 34, 212; vgl. **RG** 37, 358). Durch § 1135 ist der Verschlechterung des Grundstücks auch noch die Verschlechterung und die unwirtschaftliche Entfernung von Zubehörstücken gleichgestellt. Daraus folgt, daß die Verschlechterung und die Beseitigung anderer für die Hypothek haftender Gegenstände als Bestandteile und Zubehörstücke (§§ 1123ff.) nicht unter § 1133 fallen. Daß der Eigentümer die Verschlechterung verschuldet oder doch verursacht hat, ist nicht erforderlich. Auch Verschlechterungen durch einen Dritten (z. B. einen Pächter) oder durch Naturereignisse (z. B. Windbruch, Hochwasser) fallen unter § 1133 (M 3, 671; Prot 3, 570; OLG 34, 213).

2. Eine die **Sicherheit der Hypothek gefährdende** Verschlechterung liegt vor, wenn nach dem Range der Hypothek und dem Verhältnis des Betrags des Kapitals und der Nebenleistungen zu dem Wert des Grundstücks infolge der Verschlechterung die Gefahr besteht, daß die Hypothek im Falle der Zwangsversteigerung nicht mehr in dem Maße wie vor der Verschlechterung aus dem Erlöse befriedigt werden würde (**RG** JW 1897, 319[43]; Gruch 42, 1043; OLG 12, 285; 14, 112; 34, 213). Auf die Höhe des danach zu besorgenden Ausfalls kommt es nicht an. Anderseits aber ist die Anwendbarkeit des § 1133 für den Gläubiger einer solchen Hypothek ausgeschlossen, auf deren Sicherheit die Verschlechterung ohne Einfluß ist (M 3, 672). Die Vorschriften des § 1133 finden auch auf Grundschulden und Rentenschulden (§§ 1192, 1200, 1201 Abs 2) sowie gemäß Art 192 EG auf ältere Hypotheken Anwendung (**RG** 50, 72); ferner auf die Renten, die auf preuß. Rentengütern haften (**RG** Gruch 48, 355).

3. Die dem Eigentümer (§ 1148) **zur Beseitigung der Gefährdung zu bestimmende Frist** ist vom Gläubiger nach dem Zeitaufwande zu bemessen, der für Maßnahmen zur Beseitigung der Gefährdung nach Lage des Falles erforderlich ist. Ihre Angemessenheit ist im Rechtsstreit auf die Hypothekenklage nachzuprüfen (M 3, 673). Wird die Gefährdung innerhalb der Frist beseitigt, so gelangt der Gläubiger nicht zu dem Recht auf Befriedigung aus § 1133. Die Fristbestimmung ist nicht erforderlich, wenn der Grundstückseigentümer auf Aufforderung des Gläubigers die Beseitigung der Gefährdung durch geeignete Maßnahmen ernstlich ablehnt (OLG 34, 211). Dagegen erübrigt sich die Fristbestimmung nicht dadurch, daß der Eigentümer nur die sofortige Zahlung des Hypothekenbetrags verweigert. Denn eine solche Zahlungspflicht ergibt sich erst, wenn er nicht innerhalb einer gesetzten Frist (A 6) die Gefährdung gemäß Satz 2 beseitigt hat (OLG 34, 211).

4. Das **Recht, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen,** obwohl die Hypothek noch nicht fällig ist, hat der Gläubiger wegen der ganzen Hypothek, nicht nur wegen des gefähr-

deten Teils. Eine Sonderbestimmung insoweit enthält aber § 17 Abs 1 des HypBankG v. 13. 7. 1899 für den Fall, daß eine Hypothekenbank Gläubigerin ist. Der Gläubiger kann das Befriedigungsrecht dadurch ausüben, daß er aus der Hypothek die dingliche Klage erhebt und dann die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung betreibt (§ 1147). Bei der Rentenschuld kann der Gläubiger gemäß § 1201 Abs 2 Satz 2 Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück verlangen. Wegen der persönlichen Forderung steht dem Gläubiger ein Recht auf sofortige Befriedigung gegen den persönlichen Schuldner (insbesondere den, der nicht Eigentümer ist) nicht zu (**RG** 39, 321). Gegen einen Anspruch des Eigentümers aus einem mit Hypothekbestellung im Zusammenhang stehenden gegenseitigen Vertrage kann der Gläubiger, wenn die Hypothek gefährdet ist, auch ein Zurückbehaltungsrecht nach Maßgabe des § 321 geltend machen (**RG** 53, 244). — Wird durch unwirtschaftliche Veräußerung von Bestandteilen oder Zubehör (§ 1135), sog. kaltes Abbrennen, der Ausfall einer Hypothek in der Zwangsversteigerung verursacht, so kann für den Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Eigentümer und die Erwerber gemäß §§ 823, 830 gegeben sein (**RG** 42, 170; 44, 189; 69, 91; JW 1907, 332[10]; 1909, 416[15]; Warn 1910 Nr 281). Dasselbe gilt auch bei einer anderen Verschlechterung des Grundstücks, wenn sie von dem Eigentümer schuldhaft verursacht ist (OLG 32, 389). Auch der Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Eigentümers haftet nach § 82 KO dem Gläubiger für einen Ausfall an der Hypothek, der durch schuldhafte Verschlechterung während der Verwaltung des zur Konkursmasse gehörenden Grundstücks entstanden ist (OLG 29, 389).

5. Daß die **Beseitigung der Gefährdung** durch Wiederherstellung des früheren Zustandes erfolgt, ist nicht erforderlich. Das Gesetz verlangt nur eine Beseitigung der Gefährdung **durch Verbesserung des** verschlechterten **Grundstücks** oder durch anderweitige Hypothekbestellung. Die erste Beseitigungsart kann auch durch Herstellung eines anderen Zustandes als des vor der Verschlechterung vorhanden gewesenen geschehen, wenn dadurch nur das Grundstück eine solche Verbesserung erfährt, daß die Hypothek nicht mehr gefährdet ist (z. B. Errichtung eines neuen Gebäudes an Stelle eines abgebrochenen: OLG 34, 212). Der **anderweitigen Hypothekbestellung,** d. h. Hypothekbestellung auf einem anderen als dem verschlechterten Grundstück (M 3, 673), steht nicht gleich eine Sicherheitsleistung durch Verpfändung beweglicher Sachen oder Forderungen (M 3, 673).

6. Da dem Gläubiger schon nach dem Ablauf der Frist das Befriedigungsrecht zustehen soll, **wenn nicht** die Gefährdung **beseitigt „worden ist“** (nicht „wird“), so kann nur eine Beseitigung der Gefährdung bis zum Ablauf der Frist, nicht eine spätere, die Entstehung des Befriedigungsrechts abwenden (str.; OLG 34, 211).

7. Der **Abzug** des **Zwischenzinses** von einer **unverzinslichen Forderung** ist deshalb vorgeschrieben, weil durch die Gefährdung der Hypothek die Forderung noch nicht fällig wird und daher der Gläubiger durch die vorzeitige Zahlung des vollen Betrags einen ungerechtfertigten Vorteil erlangen würde (M 3, 673). Die zu zahlende Summe berechnet sich, wenn z. B. zwischen der Zahlung und der Fälligkeit 30 Tage liegen, bei einer Forderung von 1000 und dem gesetzlichen Zinsfuß von 4% gemäß der Hoffmannschen Berechnungsart nach folgender Gleichung:

$$x = 1000 - \frac{x \cdot 4 \cdot 30}{100 \cdot 365}.$$

§ 1134

Wirkt der Eigentümer oder ein Dritter [1]) auf das Grundstück [2]) in solcher Weise ein, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist [3]), so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen [4]).

Geht die Einwirkung von dem Eigentümer [5]) aus, so hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen [6]). Das gleiche gilt, wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigentümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt [7]).

E I 1072 II 1042; M 3 669f.; P 3 568f.

1. Eine **Einwirkung durch den Eigentümer oder einen Dritten** setzt § 1134 voraus, während in § 1133 auch Verschlechterungen infolge von Naturereignissen genügen (§ 1133 A 1). Ein schuldhaftes Handeln ist aber auch hier nicht erforderlich (OLG 5, 321; JW 1933, 634[5]). Vielmehr kann eine auf die Tätigkeit des Eigentümers oder eines Dritten (z. B. eines Pächters, Mieters, Nießbrauchers) zurückzuführende Verschlechterung des Grundstücksbestandes auch dann die Unterlassungsklage rechtfertigen, wenn beabsichtigt wird und die Möglichkeit besteht, den früheren Zustand wiederherzustellen (OLG 5, 321; s. aber 21, 99).

2. Als Einwirkungen **auf das Grundstück** sind nicht bloß solche Maßnahmen anzusehen, die den Grund und Boden oder dessen Bestandteile betreffen (z. B. Austorfen, Abbruch eines Gebäudes, Abholzen eines Waldes), sondern auch Verschlechterungen oder Verringerungen des sonst zum Grundstück gehörigen, der Hypothekhaftung unterliegenden Bestandes (z. B. des Zubehörs eines Gutes: OLG 34, 213). Dagegen gehören nicht hierher Einwirkungen auf die Mietzinsen, da diese nicht Grundstücksteil sind (OLG 18, 171).

3. Eine **die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung** (§ 1133 A 1, 2) braucht noch nicht eingetreten zu sein (anders im § 1133). Es genügt die **Besorgnis** der Verschlechterung (OLG 10, 123; SeuffA 59 Nr 262). Sie liegt z. B. vor, wenn der Eigentümer: mit dem Abholzen eines Waldes beginnt oder einem anderen einen Wald zum Abholzen überläßt (**RG** Warn 1910 Nr 281); Zubehör eines Gutes verkauft, ohne Ersatzstücke anzuschaffen (M 3, 670; § 1135; **RG** Warn 1915 Nr 118; OLG 29, 359; 34, 213; 36, 178; SeuffA 59 Nr 262); ohne einen ersichtlichen wirtschaftlichen Zweck ein Gebäude abzubrechen anfängt (vgl. aber OLG 41, 177: Abbruch eines derart baufälligen Gebäudes, daß die Maßregel aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, stellt sich als Verschlechterung nicht dar, auch wenn der Eigentümer über das Abbruchsmaterial anders als zur Wiederverwendung für das Grundstück verfügt); notwendige Einrichtungen eines Hauses mit der Absicht der Wegschaffung herausnimmt. Die Entblößung eines landwirtschaftlichen Grundstücks von den zur Fortführung der Wirtschaft notwendigen Erzeugnissen wird auch nicht dadurch zu einer berechtigten Maßnahme, daß zuvor gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft das gesamte Vieh veräußert und fortgeschafft worden ist (OLG 34, 213). Ist eine gefährdende Verschlechterung *bereits eingetreten*, sind aber noch weitere Verschlechterungen zu besorgen, so stehen dem Gläubiger sowohl die Rechte aus § 1133 (OLG 12, 133) als auch die Sicherungsmaßnahmen aus § 1134 zu (Prot 3, 569). Ist die Sicherheit der Hypothek durch *schuldhafte* Verschlechterung seitens des Eigentümers oder eines Dritten gefährdet worden (§ 1135 A 1), so kann für den Gläubiger, der in der Zwangsversteigerung einen Ausfall erleidet, ein Schadensersatzanspruch aus § 823 gegen den Einwirkenden gegeben sein (**RG** 42, 170; 44, 186; 69, 91; 73, 335; JW 1907, 332[10]; 1910, 162[34]; Warn 1910 Nr 281, 403; 1915 Nr 118; 1917 Nr 17; Gruch 53, 1009; 55 S. 124, 664; SeuffA 65, 99; 66, 322; 75 Nr 133; OLG 29, 358). Dabei gilt § 1134 als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 (**RG** 73, 333; JW 1909, 416[15]; OLG 26, 151; SeuffA 75 Nr 133). Hat der Dritte wesentliche Bestandteile weggeschafft, so kann er sich zur Abwendung des Schadensersatzanspruchs regelmäßig auch nicht auf einen Eigentumsvorbehalt berufen. Denn die Gegenstände sind trotz des Eigentumsvorbehalts nach §§ 93, 946 Eigentum des Grundstückseigentümers und unterliegen daher der Haftung für die Hypothek (**RG** 73, 335). Ausnahmsweise kann aber die Schadensersatzpflicht des Dritten entfallen, wenn er sich über seine Befugnis zur Wegnahme in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden hat (**RG** 73, 336; OLG 26, 151; 29, 359; SeuffA 75 Nr 133). Zum Nachweise eines erlittenen Schadens muß der ausgefallene Hypothekengläubiger dartun, daß ein höheres Meistgebot erzielt wäre und daß er daraus eine Deckung auf seine ausgefallene Hypothek erhalten hätte, wenn die Verschlechterung nicht erfolgt wäre, z. B. Zubehörstücke nicht vom Grundstück fortgeschafft wären, sondern sich zur Zeit des Zuschlags noch auf dem Grundstück befunden hätten (**RG** 73, 338; OLG 26 S. 150, 152). Ist der ausgefallene Hypothekengläubiger selbst Ersteher des Grundstücks, so muß er sich den Mehrwert, den das Grundstück über sein Meistgebot hinaus hat, auf seinen mit dem Schadensersatzanspruch geltend gemachten Ausfall anrechnen lassen (**RG** 73, 340; OLG 29, 359).

4. Die **Klage auf Unterlassung** künftiger gefährdender Einwirkungen ist gegen den Einwirkenden (Eigentümer, Dritten, gegebenenfalls beide) zu richten (**RG** 44, 188). Das Gericht des belegenen Grundstücks ist ausschließlich zuständig (§ 24 ZPO). Die Vollstreckung erfolgt nach § 890 ZPO. Ob die Hypothekenforderung fällig ist oder nicht, ist für die Begründung der Klage gleichgültig. Auch ist die Beschlagnahme des Grundstücks für den Hypothekengläubiger nicht Voraussetzung der Klage (**RG** Warn 1910 Nr 403).

5. Abs 2 setzt eine Einwirkung (A 1—3) durch den **Eigentümer** voraus. Eine Einwirkung durch einen Dritten gibt nur die Unterlassungsklage aus Abs 1, sofern nicht ein Fall nach Abs 2 Satz 2 vorliegt. Der Unterlassungsanspruch gegen den Dritten aus Abs 1 kann aber unter Umständen eine einstweilige Verfügung gegen ihn nach § 935 ZPO rechtfertigen (JW 1933, 634[5]; A 6).

6. Die **zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln** sind vom Prozeßgericht entweder auf Klage des Gläubigers durch Urteil oder durch einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) **anzuordnen** (**RG** JW 1912, 237[5]; SeuffA 56 Nr 127; OLG 36, 178). Sie können z. B. in einem Verbot der Veräußerung oder der Wegschaffung (A 3) bestehen (OLG 29, 359; 36, 178). Auch eine Sequestration (d. h. eine Verwahrung und Verwaltung durch einen Vertrauensmann: RJA 9, 133) kann gemäß § 938 Abs 2 ZPO angeordnet werden (SeuffA 56 Nr 127). Da die Art der erforderlichen Maßregel dem freien Ermessen des Gerichts unterliegt (§ 938 Abs 1 ZPO), ist auch zulässig die Anordnung der Zwangsverwaltung mit der Bestimmung, daß die Vorschriften des ZVG über die Zwangsverwaltung (§§ 146 ff.) entsprechend anzuwenden seien (RJA 9, 130; OLG 23, 235; auch **RG** 52, 140; JW 1912, 237[5]; Gruch 48, 352). § 25 ZVG gibt dem Gläubiger

besondere Schutzbefugnisse gegen Einwirkungen durch den Schuldner während des Zwangsversteigerungsverfahrens.

7. Als eine **Unterlassung von Vorkehrungen gegen Beschädigungen**, welche die Besorgnis einer den Gläubiger gefährdenden Verschlechterung rechtfertigt, kann z. B. angesehen werden: Vernachlässigung der Instandhaltung des Grundstücks, namentlich ungenügende Feldbestellung (M 3, 670); Nichterneuerung von Versicherungsverträgen zur Abwendung des durch Feuersgefahr drohenden Schadens (RG 52, 295; OLG 8, 6). Daß die Beschädigung oder die Unterlassung von Vorkehrungen auf Verschulden des Eigentümers beruht, ist nicht erforderlich. Auch Beschädigungen durch Naturereignisse können genügen.

§ 1135

Einer Verschlechterung des Grundstücks im Sinne der §§ 1133, 1134 steht es gleich [1]), wenn Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt [2]), verschlechtert oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider von dem Grundstück entfernt werden [3]).

E I 1074 II 1043; M 3 674; P 3 570.

1. Aus dieser **Gleichstellung mit einer Verschlechterung des Grundstücks** folgt: Wenn Zubehörstücke bereits verschlechtert oder unwirtschaftlich entfernt worden sind, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 1133 (Ablauf der zu setzenden Frist zur Verbesserung oder zur Zurückschaffung) sofort Befriedigung aus dem Grundstück suchen. Droht erst die Verschlechterung oder die Entfernung durch den Eigentümer oder einen Dritten, so steht dem Gläubiger die Unterlassungsklage zu (§ 1134 Abs 1). Ist der Eigentümer der Einwirkende, so sind auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen (§ 1134 Abs 2). Diese Rechte hat aber, wie aus der Bezugnahme auf die §§ 1133, 1134 sich ergibt, der Gläubiger nur dann, wenn durch die bereits eingetretene oder noch zu besorgende Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung die Sicherheit der Hypothek gefährdet wird (RG 50, 72; OLG 36, 178). Dagegen braucht er eine Beschlagnahme der Zubehörstücke vor der Ausübung seiner Rechte nicht herbeizuführen. Hat der Eigentümer oder ein Dritter durch Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung (z. B. von maschinellen Gegenständen, die zum Betriebe einer auf dem Grundstück befindlichen Fabrik notwendig sind, oder von totem oder lebendem Inventar eines Landgutes) schuldhaft das Hypothekenrecht verletzt (sog. kaltes Abbrennen), so kann für den an der Hypothek einen Ausfall erleidenden Gläubiger ein Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB gegen den Täter gegeben sein (§ 1134 A 3). Haben Dritte dem Eigentümer bei der Wegschaffung mit dem Bewußtsein, daß dadurch der Wert des Grundstücks gemindert und die Sicherheit der Hypothek gefährdet werde, Beihilfe geleistet, so haften sie, auch wenn sich die Beteiligung eines jeden in verschiedenen Einzelhandlungen vollzogen hat, für den ganzen Schaden als Gesamtschuldner mit dem Eigentümer gemäß § 830 Abs 1, 2 (RG Warn 1917 Nr 17). Vor der Einleitung der Zwangsversteigerung steht dem Hypothekengläubiger ein Anspruch auf Zurückschaffung der Gegenstände zu (RG Warn 1910 Nr 403). Der Dritte kann sich ihm gegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Eigentümer ihm die Gegenstände verkauft oder sonst seine Einwilligung in die Wegnahme erteilt habe. Denn mag die Wegschaffung auch dem Eigentümer gegenüber berechtigt gewesen sein, dem Hypothekengläubiger gegenüber ist sie widerrechtlich (RG 44, 189; 73, 335; Gruch 55, 667; Warn 1915 Nr 118). Über den Schutz des Gläubigers gegen Pfändung von Zubehör vgl. § 1120 A 5. Wer die Gewähr für die Sicherheit einer Hypothek übernommen hat, kann die Haftung für den Ausfall, den der Gläubiger bei der Zwangsversteigerung erleidet, insoweit ablehnen, als der Ausfall darauf zurückzuführen ist, daß der Gläubiger gegen Verwüstungen, die ihm bekanntgegeben sind, nicht Sicherungsmaßregeln (§ 1134 A 6) getroffen hat (RG JW 1912, 237[5]).

2. **Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt,** sind nur solche, die zur Zeit der Hypothekbestellung oder nachher in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt (§ 1120 A 5) und nicht nach §§ 1121, 1122 von der Haftung frei geworden sind. Getrennte Erzeugnisse, die nicht Zubehörstücke sind, sowie Miet- oder Pachtzinsforderungen stehen überhaupt nicht unter dem Schutz des § 1135, mögen sie auch nach §§ 1121 ff. für die Hypothek haften. In dieser Hinsicht kann sich der Gläubiger nur durch Beschlagnahme schützen (M 3, 674; OLG 18, 171).

3. Nur die **unwirtschaftliche Entfernung** (RG Warn 1915 Nr 118; SeuffA 63, 66), nicht auch eine Veräußerung der Zubehörstücke wird hier vorausgesetzt, während nach §§ 1121, 1122 Zubehörstücke von der Haftung für die Hypothek nur dann frei werden, wenn sie entfernt und veräußert worden sind. Die §§ 24, 25 ZVG regeln den Fall der Entfernung durch den Schuldner während des Zwangsversteigerungsverfahrens. Nach § 6 der BRVO über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. 3. 1918 kann die zuständige Behörde dem Eigentümer oder Besitzer von lebendem oder totem Inventar eines landwirtschaftlichen Grundstücks die Veräußerung oder Entfernung des Inventars oder einzelner Stücke untersagen, wenn hierdurch

die ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Grundstücks zum Schaden der Volksernährung gefährdet werden würde.

§ 1136

Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet [1]), das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten [2]), ist nichtig [3]).

E I 1077 II 1044; M 3 681f.; P 3 573.

1. Nur auf eine **Verpflichtung gegenüber dem Hypothekengläubiger** (Grundschuld-, Rentenschuldgläubiger) findet § 1136 Anwendung (RG Warn 1908 Nr 381). Der Eigentümer kann sich grundsätzlich nach § 137 Satz 2 jedem Dritten gegenüber mit schuldrechtlicher Wirkung verpflichten, das Grundstück nicht zu veräußern und nicht weiter zu belasten. Nur eine dem Hypothekengläubiger gegenüber eingegangene Verpflichtung dieses Inhalts ist nichtig (KGJ 39 A 160). Daher findet § 1136 z. B. keine Anwendung, wenn der Eigentümer die Verpflichtung eingeht gegenüber einem Pächter oder demjenigen, von dem er das Grundstück käuflich erwirbt. Wird in solchen Fällen zugleich eine Hypothek für den anderen Teil bestellt (z. B. eine Restkaufgeldhypothek für den Verkäufer), so kommt es darauf an, ob nach dem Vertrage die Abrede zu der Hypothekbestellung derart in Beziehung gesetzt ist, daß anzunehmen ist, sie wäre überhaupt nicht getroffen worden, wenn nicht der andere Teil zugleich Hypothekengläubiger werden sollte. Ist das anzunehmen, so greift § 1136 Platz. Diese Gesetzesvorschrift erfordert also, daß die Verpflichtung vom Eigentümer dem andern gegenüber gerade in seiner Eigenschaft als dinglicher Gläubiger eingegangen ist, daß sie zur Stärkung des dinglichen Rechts dienen soll (RG 55, 78; JW 1912, 145[23]; Warn 1912 Nr 81; Gruch 56, 600; HRR 1929 Nr 1573; KGJ 39 A 159). Eine solche Beziehung ist nicht anzunehmen, wenn gegenüber dem Veräußerer bei gleichzeitiger Bestellung einer Restkaufgeldhypothek oder einer Hypothek für eine im Falle der Zuwiderhandlung vom Käufer zu zahlende Vertragsstrafe die Verpflichtung eingegangen wird, das Grundstück nur an Personen deutscher Nationalität (nicht an eine Person fremder Nationalität) zu veräußern (RG 55, 78; 73, 17; Gruch 51, 807; Warn 1913 Nr 311; KGJ 42, 280; den umgekehrten Fall des Verbots der Weiterveräußerung an einen anderen als den Angehörigen einer bestimmten fremden Nation behandelt RG 77, 419). Auch solche, nicht unter § 1136 fallende Verpflichtungen haben aber nach § 137 Satz 1, 2 nicht dingliche Wirkung, sondern nur persönliche zwischen den Vertragschließenden. Sie können also nicht als dem jedesmaligen Grundstückseigentümer obliegende Veräußerungsbeschränkungen in das Grundbuch eingetragen werden (RG 73, 18; KGJ 21 A 133; 29 A 246). Ist die vom § 1136 verbotene Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger übernommen, so macht es für ihre Nichtigkeit keinen Unterschied, ob die Abrede schon zur Zeit der Hypothekbestellung oder erst später getroffen worden ist (RG Warn 1908 Nr 381). Über die gesetzliche Beschränkung der Belastbarkeit einer Heimstätte nach §§ 17ff. RHeimstättG v. 10. 5. 1920 vgl. JFG 3, 447.

2. Eine von § 1136 erfaßte **Verpflichtung, das Grundstück nicht zu veräußern,** enthält auch die vom Eigentümer übernommene Verpflichtung, einem Hypothekengläubiger für den Fall des Verkaufs einen Gewinnanteil zu gewähren und das Grundstück nicht ohne seine Genehmigung zu veräußern, sofern die Gewinnbeteiligung das Entgelt für die Gewährung eines Darlehns gegen Hypothekbestellung war (RG JW 1912, 145[23]). Eine Verpflichtung, das Grundstück **nicht weiter zu belasten,** liegt auch dann vor, wenn die weitere Belastung mit anderen dinglichen Rechten als Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden (z. B. mit Reallasten) verboten sein soll. Über andere unzulässige Vereinbarungen, durch die der Inhalt des Hypothekenrechts abweichend von dem gesetzlichen bestimmt wird: § 1149. Zulässig dagegen ist, wie sich aus § 1179 ergibt, eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer über die ihm anfallende Eigentümerhypothek nicht verfügen, sondern sie löschen lassen soll. Ferner ist zulässig die Festsetzung des Eintritts der Fälligkeit der Hypothek für den Fall der Veräußerung oder der weiteren Belastung des Grundstücks. Denn dabei handelt es sich nur um die Vereinbarung einer Rückzahlungsbedingung.

3. **Nichtig** ist die Vereinbarung nicht nur gegenüber Dritten, was schon aus § 137 Satz 1 folgen würde, sondern auch gerade in dem schuldrechtlichen Verhältnisse zwischen Eigentümer und Gläubiger (Mot 3, 682; RG JW 1912, 145[23]). Der Gläubiger kann also einer der Vereinbarung zuwider geschehenen Veräußerung oder Belastung nicht entgegentreten, auch keinen Schadensersatzanspruch deswegen geltend machen. Ob die Nichtigkeit der Vereinbarung auch andere gleichzeitig getroffene Vertragsabreden nichtig macht, bestimmt sich nach § 139 (RG JW 1926, 1959[2]). Erfolgt die Vereinbarung gleichzeitig mit der Hypothekbestellung, so wird auch diese regelmäßig nichtig sein. Daher hat das Grundbuchamt die Eintragung der Hypothek abzulehnen. Nichtig ist nach § 134 auch die Einigung über die Bestellung einer Hypothek, die sich als eine dem § 1 des (auf Grund des Art 107 EG erlassenen) preuß. Ges. betr. die Zulassung einer Verschuldungsgrenze für land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke v. 20. 8. 1906 widersprechende Belastung darstellt (KGJ 46, 220). Ergibt sich für den Grundbuchrichter aus den

vorhandenen Eintragungen (wobei nicht nur hypothekarische Rechte, sondern auch andere eingetragene Rechte in Betracht zu ziehen sind), daß durch die neue Belastung die Verschuldungsgrenze überschritten wird, so darf er die Eintragung der Hypothek nicht vornehmen (KGJ 46, 220).

§ 1137

Der Eigentümer kann gegen die Hypothek [1]) die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung [2]) sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden [3]) geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Eigentümer nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet [4]).

Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet [5]).

E I 1084 II 1045; M 3 696ff.; P 3 580ff.

1. § 1137 gewährt gewisse Einreden dem **Eigentümer gegen die Hypothek,** d. h. gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek (**RG** 81, 85). Auf die persönliche Klage bezieht sich § 1137 ebensowenig wie auf die dingliche Klage gegen einen anderen als den Eigentümer (z. B. gegen einen das Hypothekenrecht beeinträchtigenden Dritten). Inwieweit Einreden gegenüber der persönlichen Klage erhoben werden können, bestimmt sich nach den Vorschriften des Rechtsgebiets, dem die gesicherte Forderung angehört, also des Rechts der Schuldverhältnisse, des Familienrechts, des Erbrechts, und nach den Vorschriften des allgemeinen Teiles. Ferner betreffen die Einreden des § 1137 nur die der Hypothek zugrunde liegende Forderung. Weitere Einreden und Einwendungen (über den Unterschied § 886 A 2) können für den Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage namentlich auf Grund seines persönlichen Rechtsverhältnisses zum Gläubiger gegeben sein oder gegen das Bestehen des dinglichen Hypothekenrechts überhaupt oder doch gegen das Gläubigerrecht des Klägers sich richten. Aus dem besonderen persönlichen Rechtsverhältnis (nicht zu verwechseln mit dem persönlichen Schuldverhältnis) können Einreden z. B. dem von dem persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümer dahin zustehen, daß nach einer mit dem (dinglich klagenden) Gläubiger getroffenen Vereinbarung die Hypothek gegen ihn erst nach Ablauf einer bestimmten Frist oder nach Eintritt eines Ereignisses oder nicht eher, bis die Zwangsvollstreckung wegen der Hypothekenforderung gegen den persönlichen Schuldner fruchtlos ausgefallen sei, geltend gemacht werden dürfe oder der Gläubiger unter gewissen Bedingungen auf die Hypothek verzichten sollte. Solche Einreden kann der Eigentümer nach § 1157 auch einem Rechtsnachfolger des Gläubigers entgegenhalten, soweit nicht der Erwerber durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist. Dagegen kann sich der Eigentümer regelmäßig nicht auf Einreden berufen, die seinem Besitzvorgänger zustanden. Denn es handelt sich um Rechte aus einem persönlichen Rechtsverhältnis, die auf den Grundstückserwerber nur übergehen, wenn er Gesamtnachfolger ist oder sich auf eine Abtretung stützen kann (M 3, 700; § 1157 A 1). — Einwendungen, die sich gegen das Bestehen des dinglichen Hypothekenrechts richten, sind z. B. solche, mit denen geltend gemacht wird: die Hypothek sei im Grundbuch nicht oder nicht richtig oder nicht vollständig (§ 1115) eingetragen; die Einigung über die Hypothekbestellung sei nichtig (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit oder Verfügungsbeschränkung des Bestellenden, wegen Scheingeschäfts) oder durch Anfechtung (z. B. wegen Irrtums, Betrugs, Drohung) nichtig geworden (**RG** 68, 102; 89, 29); die Hypothek sei wegen Ausfalls einer aufschiebenden Bedingung nicht entstanden oder durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins erloschen. Eine Anfechtung der Hypothekbestellung muß aber von dem Anfechtungsberechtigten erklärt sein; das für einen früheren Eigentümer (z. B. den Besteller der Hypothek) begründete Anfechtungsrecht geht nicht auf seinen Sondernachfolger über (M 3, 698). Einem gutgläubigen, rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek können die Einwendungen gemäß § 892 nicht entgegengesetzt werden. — Einwendungen gegen das Gläubigerrecht gerade des Klägers sind z. B.: die Hypothek stehe nicht dem Gläubiger zu, obwohl er als Gläubiger eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 legitimiert sei, sondern dem Eigentümer, weil die Forderung nicht entstanden (§ 1163 Abs 1 Satz 1; **RG** 68, 97; Warn 1909 Nr 214) oder erloschen (§ 1163 Abs 1 Satz 2; **RG** 72, 377) oder auf den Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, durch Befriedigung des Gläubigers übergegangen sei (§§ 1143, 1153) oder weil bei einer Briefhypothek der Brief dem Gläubiger nicht vom Eigentümer übergeben sei (§ 1163 Abs 2) oder der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet habe (§ 1168); die Hypothek stehe dem persönlichen Schuldner nach Maßgabe des § 1164 zu; sie sei auf einen Dritten durch Ausübung des Ablösungsrechts gemäß §§ 268, 1150 übergegangen. Jedoch ist der gutgläubige Erwerber der Hypothek auch gegen diese Einwendungen gemäß § 892 geschützt. — Sämtliche vorbezeichneten Einreden und Einwendungen können gegen alle Hypothekenarten, insbesondere auch gegenüber der dinglichen Klage aus einer Sicherungshypothek (§ 1184) gegeben sein. Sie greifen grundsätzlich auch Platz gegenüber Klagen aus Grund-

schulden und Rentenschulden (§§ 1192, 1200); ausgenommen sind hier allerdings die Einreden und Einwendungen, die sich gegen die Forderung richten, insbesondere also die Einreden aus § 1137. Bestehen dauernde Einreden gegen die Hypothek, so kann der Eigentümer vom Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek verlangen (§ 1169). Über die Einrede der Rechtshängigkeit vgl. RG 52, 259 (gegenüber nochmaliger Klage des Zessionars); 54, 49 (wegen vorheriger Minderungsklage auf Teillöschung einer Kaufgelderhypothek).

2. Die **dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden gegen die Forderung** sind dem Eigentümer, auch wenn er nicht selbst der persönliche Schuldner ist, gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek (A 1) wegen der grundsätzlichen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung gewährt. Von den Einreden des § 1137 sind zu unterscheiden Einwendungen, durch die behauptet wird, die Forderung sei nicht entstanden oder erloschen (M 3, 698). Diese berühren das Hypothekenrecht selbst nicht, sondern richten sich nur gegen das Gläubigerrecht des Klägers (A 1). Das Reichsgericht hat allerdings mehrfach (RG 68, 102; 91, 223; Warn 1909 Nr 214) angenommen, daß auch derartige Einwendungen (Aufrechnung; Minderung des Kaufpreises; Nichtigkeit des Kaufgeschäfts im Falle einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung) unter § 1137 fallen. Dem ist nicht beizutreten. Im § 1137 sind Einreden im engeren Sinne (§ 886 A 2) gemeint, wonach der Schuldner berechtigt sein soll, die Befriedigung der an sich bestehenden Forderung dauernd oder zur Zeit zu verweigern (M 3, 699; vgl. bezüglich einer Hypothek, deren Forderung gemäß § 607 Abs 2 in eine Darlehnsforderung umgewandelt ist: RG 62, 51; JW 1909, 460[17]). In Betracht kommen namentlich die Einreden: der Stundung der Forderung; des nicht erfüllten Vertrags, wenn die Hypothekenforderung durch einen gegenseitigen Vertrag begründet worden ist (§ 321); des Zurückbehaltungsrechts (§ 273) wegen eines Gegenanspruchs des Schuldners (RG 78, 32); der rechtskräftigen Abweisung der Klage wegen der Forderung gegen den persönlichen Schuldner; der Vereinbarung, daß die Forderung nicht klagbar sein solle (RG 67, 390); der Verpflichtung des Gläubigers, die Forderung während einer bestimmten Zeit nicht geltend zu machen (KGJ 53, 175). Ferner ist hierher zu zählen für den Fall, daß die Hypothekenforderung durch ein selbständiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 begründet worden ist, die (Bereicherungs-) Einrede aus § 812 Abs 2, daß ein rechtlicher Grund für das Anerkenntnis nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen sei (RG 86, 304). Gegenüber dem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek ist die Geltendmachung solcher Einreden durch § 1138 eingeschränkt. Gänzlich ausgeschlossen ist die Einrede der Verjährung der Forderung hinsichtlich des Kapitalbetrags. Denn nach § 223 Abs 1 hindert die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek besteht, den Gläubiger nicht, seine Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Dagegen steht dem Eigentümer gegenüber dem dinglichen (d. h. auf Befriedigung aus dem Grundstück gerichteten) Anspruch auf Rückstände an Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen gemäß § 223 Abs 3 die Einrede der Verjährung der Forderung zu. § 902 Abs 1 Satz 2 läßt auch die Verjährung solcher dinglichen Ansprüche selbst zu. — Eine Ausnahmebestimmung gibt Abs 1 Satz 2 für die Einrede der beschränkten Haftung des Erben des Schuldners (A 4). Weiter kann eine Einrede, daß durch Zwangsvergleich im Konkurse des Schuldners die Forderung herabgemindert sei, nicht geltend gemacht werden, da nach § 193 KO die Hypothek durch den Zwangsvergleich nicht berührt wird. Nicht hierher gehört die Einrede aus einer bei der Hypothekbestellung getroffenen Vereinbarung, daß der Gläubiger sich nur an das belastete Grundstück halten dürfe (über die Zulässigkeit solcher Vereinbarung: § 1113 A 7 a. E.). Denn für die dingliche, gerade nur das Grundstück betreffende Klage aus der Hypothek (A 1) ist diese Vereinbarung bedeutungslos (RG 128, 246). — Aus der Art der oben genannten Einreden ergibt sich: Wenn eine Hypothek für eine Forderung gegen mehrere nicht in Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner bestellt werden könnte (über die Unzulässigkeit § 1113 A 5), so brauchten die Einreden den mehreren Schuldnern nicht gemeinsam zuzustehen, sondern könnten verschieden sein (RG 118, 358).

3. Dem Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, sind auch **die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden** gewährt, weil er zum persönlichen Schuldner in einem ähnlichen Verhältnisse steht wie der Bürge zum Hauptschuldner. Der Eigentümer kann danach (§ 770 Abs 1) die Befriedigung verweigern, solange dem persönlichen Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten (z. B. wegen Irrtums, Betrugs, Drohung). Das Anfechtungsrecht selbst steht ihm nicht zu. Er hat nur die verzögerliche Einrede, bis das Anfechtungsrecht des persönlichen Schuldners (z. B. durch Ablauf der Anfechtungsfrist oder durch Verzicht: A 5) erloschen ist. Hat der Schuldner bereits die Anfechtung erklärt, so ist die Forderung nichtig (§ 142). Dann kann der Eigentümer einen Einwand gegen das Gläubigerrecht des Klägers erheben (A 1). Dasselbe gilt, wenn die Forderung durch Aufrechnung seitens des Schuldners oder des Gläubigers getilgt ist (A 1). Vor der Aufrechnung, die der Eigentümer selbst nicht erklären kann, steht ihm ebenfalls die verzögerliche Einrede zu, solange sich der Gläubiger (nicht auch der Schuldner) durch Aufrechnung der Hypothekenforderung gegen eine fällige Forderung des Schuldners befriedigen kann (§ 770 Abs 2). Die Einrede der Vorausklage (§§ 771 ff.) gegen den persönlichen Schuldner ist dem Eigentümer nicht gewährt. Ist dagegen die Hypothek für die Forderung aus einer Bürgschaftsübernahme bestellt, der Bürge also der persönliche Schuldner

der gesicherten Forderung, so kann der Eigentümer die Einrede der Vorausklage gegen den Hauptschuldner als eine dem persönlichen Schuldner (Bürgen) zustehende Einrede (A 2) geltend machen. Wird der Eigentümer mit der dinglichen Klage aus einer Höchstbetragshypothek in Anspruch genommen, so kann er nicht einwenden, daß die Höhe der gesicherten Forderung zunächst gegen den persönlichen Schuldner festgestellt werden müsse; vielmehr ist diese Feststellung auf die dingliche Klage gegen den Eigentümer selbständig zu treffen (**RG** HRR 1930 Nr 1616).

4. Wie dem Bürgen (§ 768 Abs 1 Satz 2), so ist auch dem Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage (A 1, 3) die **Einrede der beschränkten Haftung des Erben** des persönlichen Schuldners (§§ 1975 ff.) versagt. Vgl. auch §§ 1971, 1990 Abs 2, 2016 (durch Aufgebot der Nachlaßgläubiger wird der Hypothekengläubiger nicht betroffen; Zwangs- und Arresthypothek nach Eintritt des Erbfalls).

5. Entsprechend der zugunsten des Bürgen (A 3) im § 768 Abs 2 gegebenen Vorschrift soll trotz **Verzichts des persönlichen Schuldners auf eine Einrede** diese dem Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, erhalten bleiben. Streitig ist, ob Abs 2 auch auf „die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden" des Abs 1 Satz 1 (A 3) sich bezieht. Dies ist mit der herrschenden Meinung zu verneinen. Aus dem Wortlaut des Abs 2 und seinem Zusammenhang mit Abs 1 Satz 1 ergibt sich, daß die Bestimmung nur „die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden" des Abs 1 Satz 1 (A 2) betrifft (vgl. auch § 768 Abs 2 mit § 770; M 3, 669). Wenn also der Schuldner auf das ihm zustehende Anfechtungsrecht verzichtet oder durch Verfügung über seine Gegenforderung bewirkt, daß der Gläubiger die Hypothekenforderung nicht mehr aufrechnen kann, so verliert der Eigentümer die in A 3 genannten verzögerlichen Einreden.

§ 1138

Die Vorschriften der §§ 891 bis 899 gelten für die Hypothek [1]) auch [2]) in Ansehung der Forderung [3]) und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden [4]).

E I 1083, 1085 II 1046; M 3 694 ff., 702 f.; P 3 580, 584 f.

1. Nur **für die Hypothek,** d. h. für das dingliche Recht, gilt die Bestimmung des § 1138, nicht auch für das persönliche Schuldverhältnis. Ein Streit lediglich um das dingliche Recht liegt sowohl dann vor, wenn der Gläubiger gegen den Eigentümer dinglich klagt, als auch dann, wenn der Eigentümer dem Gläubiger das dingliche Recht mit der Berichtigungsklage nach § 894 streitig macht (**RG** 137, 97). Klagt aber der Gläubiger nicht mit der dinglichen Klage aus der Hypothek (gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück), sondern mit der Klage aus dem Schuldverhältnis (gegen den persönlichen Schuldner), so steht ihm die Rechtsvermutung aus § 891 für das Bestehen der Forderung nicht zur Seite. Ebensowenig schützt ihn im Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs der Forderung von dem ursprünglichen Gläubiger der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 892. Vielmehr muß er hier das Bestehen der Forderung beweisen (**RG** 49, 8; 49, 367; 93, 237; JW 1908, 658[8]) und sich alle Einwendungen entgegensetzen lassen, wie sie sonst einem persönlichen Schuldner gegenüber dem Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger (§ 404) zustehen (**RG** 49, 367; 93, 237; Warn 1909 Nr 24; 1914 Nr 245). Dies gilt auch dann, wenn die Schuldklage mit der dinglichen Klage verbunden ist. Die Entscheidung auf die beiden Klagen kann daher unter Umständen verschieden ausfallen (**RG** 49, 367; Warn 1914 Nr 245). Auf die Sicherungshypothek (§ 1184) findet § 1138 keine Anwendung (§ 1185 Abs 2). Die Geltung des § 1138 für ältere Hypotheken regeln Artt 184, 192 EG (**RG** 47, 229; 52, 101).

2. Die Vorschriften der §§ 891 ff. würden ohne die Bestimmung des § 1138 nicht **auch** in Ansehung der gesicherten Forderung, sondern nur in Ansehung des dinglichen Rechts als solchen gelten.

3. In Ansehung der Forderung haben die **Vorschriften der §§ 891 bis 899,** wenn der dingliche Anspruch geltend gemacht wird (A 1), folgende Bedeutung:

a) Nach **§ 891** gilt die Rechtsvermutung für das Bestehen der Forderung, die sich aus dem Eintragungsvermerk oder aus der in bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt. Der klagende Gläubiger, der als solcher eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 legitimiert ist, kann sich lediglich hierauf beziehen und braucht zur Begründung der Klage das Bestehen der Forderung weder näher darzulegen noch nachzuweisen. Der beklagte Eigentümer muß die Vermutung durch den Beweis entkräften, daß die Forderung nicht entstanden (z. B. das Darlehn nicht ausgezahlt) ist oder nicht mehr besteht (**RG** 49, 8; 68, 102; OLG 15, 109). Jedoch genügt es, wenn der Eigentümer beweist, daß zur Zeit der Eintragung oder im Falle der Briefhypothek zur Zeit der Übergabe des Briefs die Forderung nicht entstanden war; eine spätere Entstehung muß der Gläubiger dartun (**RG** 49, 9). Bei vorangegangenem Darlehnsversprechen kann aber eine tatsächliche Vermutung für die nachträgliche Darlehnshingabe sprechen (str.). Ferner genügt der Nachweis, daß aus dem im Grundbuch angegebenen Schuldgrunde eine Forderung nicht

erwachsen ist. Behauptet dann der Gläubiger, der Schuldgrund sei unrichtig bezeichnet, die Hypothek sei für eine andere Forderung bestellt, so muß er dies und das Bestehen der anderen Forderung beweisen (**RG** 49, 302; 57, 321; JW 1901, 92[38]; OLG 6, 124). Dies gilt auch dann, wenn der Gläubiger von vornherein die Unrichtigkeit des Schuldgrundes zugesteht; der Eigentümer ist dann eines Nachweises überhoben (**RG** 49, 9; 57, 321). Ist aber die gesicherte Forderung nach dem Grundbuch eine Darlehnsforderung, so trifft den Gläubiger nicht schon dann die Beweislast, wenn er zugesteht, ein bares Darlehn nicht gegeben zu haben. Denn nach § 607 Abs 2 kann eine Darlehnsforderung auch durch die Vereinbarung begründet werden, daß das aus einem anderen Rechtsgrunde geschuldete Geld als Darlehn geschuldet werden solle. Deshalb muß der Eigentümer trotz jenes Zugeständnisses des Gläubigers beweisen, daß eine Umwandlungsabrede nicht getroffen sei oder daß eine Forderung, die in ein Darlehn umgewandelt sein könnte, nicht bestehe oder daß die in die Abrede einbezogene Forderung tatsächlich nicht entstanden sei (**RG** 57, 322; JW 1905, 318[4]; 1906, 550[18, 19]; 1910, 576[8]; 1922, 489[13]; Warn 1909 Nr 358; Gruch 49, 912; auch **RG** 56, 237; JW 1906, 18[17]; Gruch 49, 916; 51, 941; s. jedoch **RG** 49, 9; 51, 45). Liegt ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 vor, so muß der Eigentümer es gemäß § 812 Abs 2 entkräften (**RG** 57, 322; JW 1910, 704[3]; Gruch 49, 917). Ist der Eigentümer der angreifende Teil, klagt er z. B. auf Löschungsbewilligung, so trifft ihn zur Begründung der Klage in jedem Falle die volle Beweislast für das Nichtbestehen der Forderung (**RG** 49, 302; 57, 321; 98, 126; JW 1902, 421[14]; 1906, 18[17]; 1922, 489[13]; Warn 1909 Nr 358). Dies gilt auch dann, wenn der eingetragene Schuldgrund der Forderung Darlehn ist und der Gläubiger zugesteht, daß die Forderung nicht durch wirkliche Hingabe eines Darlehns begründet worden sei, aber zugleich behauptet, daß die eingetragene Forderung durch die der Eintragung zugrunde liegende Schuldurkunde schenkweise zur Entstehung gelangt sei. Denn in diesen Erklärungen liegt keineswegs das Zugeständnis, daß der Hypothek eine rechtsbeständige Forderung überhaupt nicht untergelegt sei. Vielmehr würde, wenn die zuletzt genannte Behauptung richtig wäre, sich daraus immer noch die Entstehung einer rechtsgültigen Hypothek ergeben. Deshalb liegt in einem solchen Falle dem klagenden, sich auf die Nichtentstehung der Hypothek für den Gläubiger stützenden Eigentümer gegenüber den Erklärungen des Gläubigers der Beweis ob, daß die durch die Hypothek gesicherte Forderung auch auf die von dem Gläubiger behauptete Weise nicht entstanden sein kann und nicht entstanden ist (**RG** 98, 126). Ist die Hypothek (versehentlich) gelöscht (oder bei Abschreibung des Grundstücks nicht mit übertragen: § 47 Abs 2 GBO), so wird nach § 891 Abs 2 vermutet, daß die Forderung nicht besteht. Der Gläubiger muß also in diesem Falle bei der dinglichen Klage (anders bei der Schuldklage) nicht nur beweisen, daß die Forderung entstanden ist, sondern auch, daß sie noch besteht (str.).

b) Aus der Anwendung des **§ 892** folgt: Zugunsten des rechtsgeschäftlichen Erwerbers einer Hypothek, der als Gläubiger eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 ausgewiesen ist, gilt im dinglichen Streit (A 1) nicht nur das dingliche Recht trotz rechtsunwirksamer Bestellung der Hypothek als rechtsgültig begründet (**RG** 69, 268), sondern auch die Forderung als bestehend, selbst wenn sie nicht entstanden ist (**RG** 137, 97; für eine Baugelddarlehnsforderung: **RG** 77, 157; für eine Kaufpreisforderung bei Nichtigkeit des Kaufgeschäfts: **RG** 91, 223; Gruch 50, 988; 58, 1023; SeuffA 77 Nr 33) oder inzwischen erloschen war (z. B. durch Aufrechnung getilgt oder im Falle einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung durch Minderung des Kaufpreises verringert: **RG** 91, 223). Diese Vermutung zugunsten der Forderung entfällt nur dann, wenn das Nichtbestehen der Forderung dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs oder zur Zeit der Stellung des Antrags auf (die bei der Buchhypothek nach § 1154 Abs 3 erforderliche) Eintragung des Erwerbs bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich ist (z. B. aus der Vormerkung eines Minderungseinwandes wegen Mängel gegenüber einer Kaufgeldhypothek: Warn 1909 Nr 214) oder bei Briefhypotheken aus dem Brief (§ 1140) hervorgeht (**RG** 52, 260; 72, 377; Warn 1909 Nr 24; 1922 Nr 14) oder wenn ein Widerspruch gegen die Forderung (unten d) eingetragen ist. Einem Rechtsnachfolger des gutgläubigen, durch die Vermutung geschützten ersten Erwerbers kommt dessen Erwerb auch dann zugute, wenn er selbst bösgläubig ist (§ 892 A 2). Eine Kenntnis des Bestehens von Einwendungen gegen die Hypothekforderung (z. B. von Gegenforderungen, mit denen die Hypothekforderung im Wege der Aufrechnung getilgt wurde) setzt die Kenntnis der Art und der wahrscheinlichen Berechtigung der Einwendungen voraus; ob dieses Erfordernis vorliegt, ist in freier Würdigung der obwaltenden Verhältnisse zu prüfen (**RG** 78, 33; 21. 2. 1906 V 475/05; 23. 12. 1908 V 101/08; 2. 1. 1909 V 95/08; 8. 3. 1911 V 287/10). Auch ein trotz Kenntnis der den Einwendungen zugrunde liegenden Tatsachen bestehender Rechtsirrtum über das Nichtbestehen von Einwendungen kann die Kenntnis der Einwendungen selbst ausschließen (Prot 6, 222; **RG** 91, 223; Gruch 50, 988; 58, 1023; JW 1911, 153[11]; Warn 1912 Nr 392; § 1157 A 4). Nur ist selbstverständlich nicht jeder vom Erwerber aufgestellten Behauptung, daß er sich im Rechtsirrtum befunden habe, ohne weiteres Glauben beizumessen, sondern zu prüfen, ob Anhaltspunkte für einen Rechtsirrtum gegeben sind (**RG** 91, 223; Gruch 58, 1023; JW 1911, 153[11]; Warn 1912 Nr 392; § 892 A 10). — Eine Ausnahme bestimmt § 1159 für Forderungen auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen und auf Erstattung von Kosten.

c) Die Anwendung des **§ 893** ergibt: Wie in Ansehung des dinglichen Hypothekenrechts,

so gilt auch in Ansehung der gesicherten Forderung im Falle der dinglichen Klage (nicht auch der Schuldklage) der Gläubiger, der als solcher eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 ausgewiesen ist, zugunsten des Eigentümers, der an ihn eine Leistung auf die Forderung bewirkt oder darüber ein verfügendes Rechtsgeschäft mit ihm vornimmt (z. B. die Zahlungsbedingungen ändert), als der wahre Berechtigte, es sei denn, daß das Nichtbestehen der Berechtigung dem Eigentümer bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich ist oder bei der Briefhypothek aus dem Brief (§ 1140) hervorgeht oder daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist. Entsprechendes gilt, wenn der (wahre) Gläubiger ein Rechtsgeschäft mit dem als Eigentümer Eingetragenen, der nicht der wahre Eigentümer ist, vornimmt. Bei der Kündigung kommt es aber nach § 1141 Abs 1 Satz 2 auf den guten Glauben des Gläubigers an das Eigentum des Eingetragenen nicht an. Ist an einen früheren Gläubiger geleistet oder mit ihm ein Rechtsgeschäft vorgenommen, so finden hinsichtlich der Wirksamkeit gegenüber dem jetzigen Gläubiger die §§ 1156, 1157 Anwendung.

d) Nach den anzuwendenden **§§ 894 bis 899** kann der Eigentümer von dem Gläubiger oder dieser von jenem die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen, wenn das Grundbuch in Ansehung der Forderung mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht (§ 894), z. B. wenn eine getroffene Kündigungsbestimmung im Grundbuch nicht eingetragen ist (KGJ 53, 175). Ferner kann der Eigentümer, soweit dies erforderlich ist, auch zunächst die Eintragung des Gläubigers (§ 895) und bei der Briefhypothek die Vorlegung des Briefs (§ 896) verlangen. Kosten der Berichtigung: § 897. Ausschluß der Verjährung des Anspruchs: § 898. Schutz des Anspruchs gegenüber dritten Rechtserwerbern (§ 892 Abs 1 Satz 1) durch Eintragung eines Widerspruchs: § 899. Ist z. B. die Forderung nicht entstanden oder erloschen und steht daher gemäß § 1163 Abs 1 die Hypothek dem Eigentümer zu, so kann dieser von dem zu Unrecht als Gläubiger Eingetragenen die Zustimmung zu seiner Eintragung als Gläubiger verlangen und zur Sicherung dieses Anspruchs die Eintragung eines Widerspruchs veranlassen. Gleiches gilt für die Zustimmung zur Eintragung einer gegen die Forderung bestehenden Einwendung (wegen der „Einreden" nach § 1137 s. A 4). Eine Sondervorschrift für die Widerspruchseintragung bei einer Darlehnsbuchhypothek wegen des Einwandes der nicht erfolgten Darlehnshingabe gibt § 1139.

4. **Die dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden** sind dort in A 2, 3 behandelt. Die §§ 891 bis 899 finden aber auch Anwendung auf Einwendungen gegen die Forderung, die sich nicht als solche „Einreden" kennzeichnen (§ 1137 A 1). Das folgt daraus, daß das Gesetz jene Vorschriften ganz allgemein „auch in Ansehung der Forderung" gelten läßt (A 3 b—d; über die Eintragung eines Widerspruchs zur Wahrung einer nicht eingetragenen Einrede: KGJ 53, 176). Die „Einreden" sind gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek nach § 892 nicht wirksam. Der Eigentümer kann vom Gläubiger, dem gegenüber die Einreden wirksam sind, gemäß § 894 die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch ihre Eintragung verlangen und sich ihre Geltendmachung gegenüber dritten Rechtserwerbern nach §§ 892 Abs 1 Satz 1, 899 durch Eintragung eines Widerspruchs sichern (KGJ 53, 175).

§ 1139

Ist bei der Bestellung einer Hypothek für ein Darlehen die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen worden [1]), so genügt zur Eintragung eines Widerspruchs [2]), der sich darauf gründet, daß die Hingabe des Darlehens unterblieben sei [3]), der von dem Eigentümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag [2]), sofern er vor dem Ablauf eines Monats nach der Eintragung der Hypothek gestellt wird [4]). Wird der Widerspruch innerhalb des Monats eingetragen, so hat die Eintragung die gleiche Wirkung, wie wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre [5]).

E I 1085, 1111 II 1047; M 3 703f., 747f.; P 3 584f., 647.

1. Nur für die **Darlehnsbuchhypothek** gibt § 1139 eine Sondervorschrift gegenüber § 1138 (dort A 3d). Diese Sondervorschrift dient zum Schutz des Eigentümers in dem (regelmäßigen) Fall, daß die Hypothek eingetragen wird und damit der eingetragene, aber nach § 1163 Abs 1 Satz 1 noch nicht wirklich berechtigte Gläubiger die Möglichkeit der Verfügung über die Hypothek erlangt, bevor das Darlehn ausgezahlt ist. Die Vorschrift gilt weder für die Darlehnsbriefhypothek, bei der nach §§ 1117, 1154, GBO § 42 der Gläubiger erst mit der Übergabe des Briefs die Verfügungsmöglichkeit erlangt und der Eigentümer sich mithin durch Zurückhaltung des Briefs schützen kann, noch bei der Hypothek für eine andere Forderung als das Darlehen. Auch auf Sicherungshypotheken für ein Darlehn (§ 1184) findet § 1139 nach § 1185 Abs 2 keine Anwendung.

2. **Zur Eintragung eines Widerspruchs genügt der Antrag des Eigentümers.** Eine Eintragungsbewilligung des Gläubigers oder eine einstweilige Verfügung, wie § 899 sie verlangt,

ist hier nicht erforderlich. Der bei dem Grundbuchamt zu stellende einseitige Antrag ist auf Eintragung eines Widerspruchs dahin zu richten, daß wegen Nichtzahlung des Darlehns die Hypothek nicht dem als Gläubiger Eingetragenen, sondern dem Antragsteller zustehe (§ 1163 Abs 1). Einer Form bedarf der Antrag (materiellrechtlich) nicht. Das Grundbuchamt hat aber die Eintragung nur dann vorzunehmen, wenn der Antrag in der Form des § 29 GBO gestellt ist. Denn es handelt sich nicht um einen reinen Verfahrensantrag im Sinne des § 13 GBO, sondern zugleich um die zur Eintragung erforderliche Erklärung über die unterbliebene Darlehnshingabe (str.).

3. Nur wenn die **Einwendung der Nichtzahlung des Darlehns** durch Widerspruchseintragung gesichert werden soll, genügt der Antrag des Eigentümers. Wegen der Sicherung anderer Einwendungen verbleibt es bei der Vorschrift des § 899 (§ 1138 A 3d, 4).

4. Das einzige Erfordernis für die Rechtfertigung des Antrags ist, daß er **innerhalb Monatsfrist seit der Hypothekeintragung** gestellt wird. Eines Nachweises, daß das Darlehn tatsächlich nicht ausgezahlt ist, bedarf es nicht. Im Falle des Streites über die Darlehnshingabe wird aber durch die Widerspruchseintragung an der Beweislast (§ 1138 A 3) nichts geändert. Der Widerspruch sichert nur dem Eigentümer die Geltendmachung des Einwandes gegenüber einem Hypothekerwerber. Wird der Antrag erst nach Ablauf der Frist gestellt, so kann der Widerspruch nur unter den Voraussetzungen des § 899 eingetragen werden.

5. Die **rückwirkende Kraft des innerhalb Monatsfrist eingetragenen** (nicht bloß beantragten) **Widerspruchs** zeigt sich (als Ausnahme von § 892) namentlich darin, daß der Einwand auch einem gutgläubigen Hypothekerwerber gegenüber selbst dann geltend gemacht werden kann, wenn der Erwerb in der Zeit zwischen der Hypothek- und der Widerspruchseintragung stattgefunden hat.

§ 1140

Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief [1]) oder einem Vermerk auf dem Briefe [2]) hervorgeht [3]), ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen [4]). Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich [5]).

E I 1116 II 1048; M 3 756; P 3 659.

1. **Stimmen Grundbuch und Hypothekenbrief nicht überein,** so ist in der Regel der Inhalt des Grundbuchs maßgebend (§ 1116 A 1). Der Hypothekengläubiger kann sich daher nicht auf einen Inhalt des Hypothekenbriefs berufen, der für ihn günstiger ist als der Inhalt des Grundbuchs. Insbesondere muß er alle aus dem Grundbuch ersichtlichen Einwendungen gegen sich gelten lassen, auch wenn der Hypothekenbrief nichts davon enthält (**RG** 76, 378; 81, 86; RJA 12, 261). Nur zuungunsten des Hypothekengläubigers sind im § 1140 von jenem Grundsatz abweichende Bestimmungen gegeben (OLG 12, 168). Nach § 1157 gelten sie auch für die dort bezeichneten Einreden des Eigentümers gegen den bisherigen Gläubiger. Um Unstimmigkeiten zwischen Brief und Grundbuch möglichst zu verhüten, sind in der GBO die Vorschriften der §§ 42, 62 (Vorlegung des Briefs, Vermerk der Eintragungen darauf) gegeben. Vgl. auch § 68 Abs 2 GBO (Übertragung der Vermerke auf einen neuen Brief).

2. Ein nachträglicher **Vermerk auf dem Hypothekenbriefe,** aus dem die Unrichtigkeit des Grundbuchs hervorgeht, steht dem vom Grundbuchamt dem Brief ursprünglich gegebenen Inhalt gleich, auch wenn er kein amtlicher (§ 62 GBO), sondern ein formloser Privatvermerk und gleichviel von wem er auf den Brief gesetzt ist. Z. B. kann ihn auch der Eigentümer auf den Brief setzen, um Einwendungen, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind, sich zu erhalten. In Betracht kommt besonders der Vermerk über eine Teilzahlung (§ 1145). Der Gläubiger ist bei teilweiser Befriedigung durch den Eigentümer, einen Ablösungsberechtigten oder den persönlichen Schuldner nach Maßgabe der §§ 1145, 1150 (268), 1167 dem Befriedigenden gegenüber zu einem entsprechenden Vermerk sogar verpflichtet.

3. Aus dem Brief oder dem Vermerk **geht die Unrichtigkeit des Grundbuchs hervor,** wenn bei Unterstellung der Richtigkeit des ursprünglichen Briefinhalts oder des nachträglichen Vermerks das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht, gleichviel, ob nach dieser Richtung eine bestimmte Tatsache angeführt ist (z. B. Leistung einer Abschlagszahlung, Erlaß eines gerichtlichen Veräußerungsverbots) oder sonst eine Abweichung des Briefinhalts von dem Buchinhalt sich ergibt. Beispielsfall: der Brief lautet der Hypothekbestellung entsprechend über eine Hypothek von 3000 M., das Grundbuch über eine solche von 5000 M.

4. Die **Ausschließung der Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893** bedeutet: Falls das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht (§ 892 Abs 1 Satz 1) und dies aus dem Brief oder einem Vermerk darauf hervorgeht oder falls mit dem als Eigentümer Eingetragenen ein verfügendes Rechtsgeschäft von dem Gläubiger vorgenommen wird (§ 893)

und aus dem Briefinhalt sich der wahre Eigentümer ergibt, können der rechtsgeschäftliche Erwerber der Hypothek oder eines Rechts daran und der verfügende Gläubiger den Inhalt des Grundbuchs auch dann nicht für sich in Anspruch nehmen, wenn gegen die Unrichtigkeit kein Widerspruch eingetragen und ihnen die Unrichtigkeit unbekannt gewesen ist. Ferner muß der rechtsgeschäftliche Erwerber Verfügungsbeschränkungen (§ 892 Abs 1 Satz 2), die auf dem Brief vermerkt sind, gegen sich gelten lassen, auch wenn sie aus dem Grundbuch nicht ersichtlich und ihm nicht bekannt gewesen sind. Auf die Kenntnis von dem Briefinhalt kommt es nicht an. Der Briefinhalt hat aber nicht, wie der Grundbuchinhalt gemäß § 891, die Vermutung der Richtigkeit für sich. Vielmehr muß derjenige, der sich auf den vom Grundbuch abweichenden Briefinhalt beruft, beweisen, daß dieser Inhalt der wirklichen Rechtslage entspricht und das Grundbuch unrichtig ist. Das Grundbuchamt wird aber eine Eintragung bei einer Hypothek, die sich mit dem Briefinhalt in Gegensatz stellen würde, ohne weiteres abzulehnen haben.

5. Aus der **Gleichstellung des verbrieften Widerspruchs mit dem gebuchten** folgt, daß durch jenen die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausgeschlossen wird (§ 892 Abs 1 Satz 1), ohne daß der Widerspruch in das Grundbuch eingetragen ist.

§ 1141

Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für die Hypothek nur wirksam [1]), wenn sie von dem Gläubiger [2]) dem Eigentümer [3]) oder von dem Eigentümer [3]) dem Gläubiger [2]) erklärt wird. Zugunsten des Gläubigers gilt derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer [4]).

Hat der Eigentümer keinen Wohnsitz im Inland oder liegen die Voraussetzungen des § 132 Abs 2 vor [5]), so hat auf Antrag des Gläubigers das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück liegt, dem Eigentümer einen Vertreter zu bestellen [6]), dem gegenüber die Kündigung des Gläubigers erfolgen kann.

E I 1079 II 1049; M 3 687ff.; P 3 574ff.

1. Die **Wirksamkeit der Forderungskündigung für die Hypothek**, d. h. für die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs gegen den Eigentümer auf Befriedigung aus dem Grundstück, wird durch § 1141 ausgeschlossen, wenn die Kündigung von dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich der Eigentümer ist, dem Gläubiger oder von diesem jenem erklärt wird. Für die Forderung selbst, also im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner, ist eine solche Kündigung aber wirksam (OLG 18, 172). Die hierdurch dem Schuldner gegenüber eingetretene Fälligkeit der Forderung berechtigt nach § 1142 auch den Eigentümer, den Gläubiger zu befriedigen. Das gesetzliche Kündigungsrecht des § 247 Abs 1 Satz 1 gilt auch für die Hypothekenforderung und bedarf zu seiner Erhaltung gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung (JW 1933, 1333³). — Ist die Kündigung gemäß § 1141 erklärt und also für die Hypothek wirksam, so wirkt sie auch für und gegen einen späteren Erwerber des Grundstücks sowie für und gegen einen späteren Rechtsnachfolger des Gläubigers, selbst wenn sie ihnen nicht bekannt und im Grundbuch, in das die Tatsache der Kündigung überhaupt nicht gehört, nicht eingetragen gewesen ist (RG Warn 1911 Nr 244; OLG 30, 197). Denn die Kündigung, von der die Fälligkeit der Forderung nach Gesetz (z. B. beim Darlehn: § 609) oder Rechtsgeschäft abhängt, steht gleich der Erfüllung einer Bedingung, die eingetragen oder unmittelbar durch das Gesetz bestimmt ist (M 3, 689). Nach § 1156 muß ferner der Rechtsnachfolger des Gläubigers auch eine erst nach der Übertragung der Hypothekenforderung dem bisherigen Gläubiger gegenüber vom Eigentümer erklärte Kündigung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war. Die Wirksamkeit der Kündigung gegenüber dem Ersteher des Grundstücks in der Zwangsversteigerung regelt § 54 ZVG. Anderseits ist eine gemäß § 1141 (zwischen Eigentümer und Gläubiger) erklärte Kündigung nicht gegenüber dem persönlichen Schuldner wirksam, macht also diesem gegenüber die Forderung nicht fällig (RG 104, 357; OLG 39, 256). Durch eine solche einseitige Willenserklärung des Gläubigers oder des Eigentümers wird mithin die Hypothek trotz ihrer akzessorischen Natur für sich allein, unabhängig von der persönlichen Forderung fällig (RG 116, 246). Daraus ist zu folgern: Wenn der Gläubiger und der Eigentümer ohne Zuziehung des persönlichen Schuldners die Fälligkeitsbestimmungen ändern, so ist diese Vereinbarung zwar für die Hypothek wirksam, für die persönliche Forderung verbleibt es aber bei den bisherigen Fälligkeitsbestimmungen (OLG 39, 256). Wird durch Vereinbarung zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger die Fälligkeit der Hypothek geändert, ohne daß die Änderung in das Grundbuch eingetragen wird, so wirkt die Vereinbarung nicht gegenüber dem späteren Erwerber

des Grundstücks, es sei denn, daß in der Vereinbarung eine Kündigung enthalten ist (RG Warn 1911 Nr 244). Auf Sicherungshypotheken (§ 1184) findet § 1141 keine Anwendung (§ 1185 Abs 2). Da hier die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs durch die Forderung bedingt ist, muß die Kündigung zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Gläubiger erklärt werden (§ 1185 A 4). Für die Grundschuld und die Rentenschuld sind Sondervorschriften in den §§ 1193, 1201, 1202, für die Eigentümergrundschuld in § 1177 Abs 1 gegeben. Eine Form der Kündigung ist nicht vorgeschrieben. Sie kann auch durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers (§ 132 Abs 1) oder durch Klagerhebung (RG 53, 212; JW 1903, 238[8]; 1908, 270[4]) erfolgen. Einer Annahme bedarf sie zur Wirksamkeit nicht (§ 130). Sie ist nicht einseitig widerruflich, behält vielmehr ihre Wirkungen für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses bis zur Aufhebung mit beiderseitigem Willen und wirkt nicht nur gegen den Gekündigten, sondern auch gegen den Kündigenden selbst; der Gekündigte kann sich also auf die durch die Kündigung herbeigeführte Fälligkeit berufen und braucht sich eine einseitige Zurücknahme nicht gefallen zu lassen (RG Gruch 55, 673). — Die Voraussetzungen und den Verlust des von unpünktlicher Zinszahlung abhängigen Kündigungsrechts behandeln RG JW 1903 Beil 23; Warn 1908 Nr 283; 1913 Nr 223; Gruch 48, 817; 55, 672; OLG 15, 376. Für Verbote oder Beschränkungen der Kündigungsausschließung durch die Landesgesetzgebung findet sich ein Vorbehalt in Art 117 Abs 2 EG, der nicht nur dingliche hypothekarische Rechte betrifft, sondern auch schuldrechtliche Hypothekenforderungen umfaßt (OLG 26, 200). — Nach § 25 Abs 2 AufwG war der Eigentümer berechtigt, eine aufgewertete Hypothek nach dreimonatlicher Kündigung vor der gesetzlichen Fälligkeit (1. 1. 1932) zu zahlen (unter Abzug eines Zwischenzinses: Art 21 DurchfVO v. 29. 11. 1925). Wegen der Eingriffe der Notverordnungs-Gesetzgebung seit 1931 in das Recht des BGB, insbesondere in dessen Fälligkeitsvorschriften für Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden vgl. Vorbem 8 vor § 1113.

2. Die Kündigung kann wirksam erfolgen **von dem oder an den Gläubiger,** der als solcher im Grundbuch eingetragen ist oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 sich ausweist. Auch wenn das Grundbuch oder die Urkunden des § 1155 bezüglich seines Gläubigerrechts unrichtig sind, muß der wahre Gläubiger die Kündigung nach §§ 893, 1138 zugunsten des Eigentümers gelten lassen, es sei denn, daß zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer die Unrichtigkeit bekannt oder ein Widerspruch gegen das Gläubigerrecht eingetragen war. Bei der Briefhypothek geben die §§ 1160, 1161 Sondervorschriften für den Nachweis der Berechtigung des kündigenden Gläubigers, insbesondere die Verpflichtung zur Vorlegung des Hypothekenbriefs. Sind mehrere Personen Gläubiger, so muß die Kündigung von allen und an alle gemeinschaftlich erfolgen, es sei denn, daß sie Gesamtgläubiger sind (§§ 428, 432). Besondere Bestimmungen sind zu beachten bei der Kündigung von Hypotheken, die verpfändet (§§ 1283, 1284, 1286, 1291) oder mit einem Nießbrauch belastet sind (§§ 1074, 1077, 1080) oder die zum Eingebrachten der Ehefrau (§§ 1398, 1403), zum ehelichen Gesamtgut (§§ 1443, 1520 Abs 2, 1549, 1551 Abs 2) oder zu einer Vorerbschaft gehören (§ 2114). Hat der eingetragene Gläubiger die (Brief-) Hypothek zur Sicherungsübereignung an einen andern abgetreten, so ist er nicht mehr zur Kündigung befugt, da der andere nach außen als der Verfügungsberechtigte gilt (OLG 39, 254).

3. Da die Kündigung für die Hypothek nur dann wirksam ist, wenn sie **dem Eigentümer oder von dem Eigentümer** erklärt worden ist, muß der rechtsgeschäftliche Erwerber eines Grundstücks, wenn eine Kündigung ihm gegenüber oder durch ihn wirksam sein soll, die Auflassung erhalten haben und als Eigentümer eingetragen sein (OLG 34, 214). Hat aber der Erwerber eine vorher ihm gegenüber von dem Gläubiger erklärte Kündigung nicht zurückgewiesen, sondern ausdrücklich oder auch nur stillschweigend gebilligt und wird er demnächst als Eigentümer eingetragen, so ist die Kündigung als von Anfang an wirksam zu erachten (OLG 34, 214). Bei der Gesamthypothek (§ 1132) ist die Kündigung nur für und gegen den Eigentümer wirksam, in dessen Person sie eintritt (§ 425 Abs 2). Besteht an dem belasteten Grundstück Miteigentum nach Bruchteilen, so muß gemäß §§ 741, 744, 747 von allen Miteigentümern und an alle gemeinschaftlich gekündigt werden (RJA 12, 151). Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) bestimmt sich die Berechtigung zur Kündigung und zu deren Entgegennahme nach dem einzelnen Rechtsverhältnis (RJA 12, 151). Unzulässig ist daher die Eintragung, daß im Falle des Übergangs des Eigentums auf eine Mehrheit von Personen jede gegenüber einem der neuen Eigentümer (Miteigentümer, Gemeinschafter) erklärte Kündigung auch gegen die übrigen Eigentümer wirken soll (RJA 12, 150).

4. Abweichend von §§ 893, 1138 **gilt zugunsten des Gläubigers der im Grundbuch eingetragene Nichteigentümer als Eigentümer,** auch wenn zur Zeit der Kündigung dem Gläubiger das Nichteigentum des Eingetragenen bekannt oder ein Widerspruch gegen die Eigentumseintragung eingetragen war (OLG 18, 172). Der wahre Eigentümer muß also die dem Bucheigentümer gegenüber vom Gläubiger oder diesem gegenüber von jenem erklärte Kündigung gelten lassen, während der Gläubiger die Kündigung des Bucheigentümers nicht als für ihn wirksam anzuerkennen braucht. Sind daher z. B. gütergemeinschaftliche Eheleute als Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks eingetragen, so ist (nach § 1443) die Kündigung der

Hypothek an den Ehemann auch nach dem Tode der Ehefrau gegenüber dem Manne und den Erben wirksam (OLG 18, 172). Hat aber der Gläubiger selbst wissentlich dem Bucheigentümer gegenüber gekündigt, so kann er nicht nachträglich die Kündigung als unwirksam behandeln, da dies gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

5. Die Voraussetzungen des § 132 Abs 2 liegen vor, wenn der Gläubiger sich über die Person des Eigentümers in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis befindet oder der Aufenthalt des Eigentümers unbekannt ist.

6. Die Bestellung eines Vertreters des Eigentümers überhebt den Gläubiger der Verzögerung durch eine öffentliche Zustellung (§ 132 Abs 2). Das Verfahren der Bestellung regelt sich nach den §§ 1ff., 11, 12, 16 RFGG.

§ 1142

Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen [1]), wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden [2]) oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist [3]).

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen [4]).

E I 1080, 1082 II 1050; M 3 689f., 693f.; P 3 577, 579, 767; 4 602f.

1. Unter den im Abs 1 bestimmten Voraussetzungen soll der vom persönlichen Schuldner verschiedene (a. M. OLG 10, 123; zweifelnd OLG 39, 131) **Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt** sein, um ihm die Abwendung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1147) zu ermöglichen. Nach dieser Zweckbestimmung der Vorschrift hat der zum Eigentümer gewordene Ersteher in der Zwangsversteigerung in der Zeit zwischen der Erteilung des Zuschlags und der Ausführung des Teilungsplans kein Befriedigungsrecht nach § 1142 gegenüber dem Hypothekengläubiger, dessen nach § 91 ZVG erloschene Hypothek an der Forderung des früheren Eigentümers auf den vom Ersteher zu zahlenden Barerlös sich fortsetzt. Daher kann der Ersteher sich einem solchen Gläubiger gegenüber auch nicht auf eine dem früheren Eigentümer und persönlichen Schuldner zustehende facultas alternativa berufen und so seine Barzahlungspflicht herabmindern (**RG** 127, 354). — Aus dem Recht zur Befriedigung folgt, daß der Gläubiger diese auch dann nicht ablehnen kann, wenn der persönliche Schuldner widerspricht. § 267 Abs 2 (Widerspruch des Schuldners im Falle der Leistung durch einen Dritten) findet hier keine Anwendung (**RG** Warn 1909 Nr 348). Der Eigentümer kann ferner, ebenso wie der Schuldner, den Gläubiger auch durch ein nur wörtliches Angebot gemäß § 295 in Annahmeverzug setzen (**RG** Warn 1909 Nr 348). Die Wirkung der Befriedigung ist nach §§ 1143, 1153, daß der (vom persönlichen Schuldner verschiedene) Eigentümer die Forderung mit der Hypothek erwirbt. Ein Dritter kann den Gläubiger nur nach Maßgabe des § 267 an Stelle des Schuldners befriedigen. Ein Recht zur Befriedigung mit der Wirkung des Hypothekerwerbs hat er nicht, es sei denn, daß ihm ein Ablösungsrecht nach §§ 268, 1150 zusteht. — § 1142 gilt für alle Hypothekenarten, nach § 1192 auch für die Grundschuld (A 4). Über die Wirkung der Befriedigung des Grundschuldgläubigers: § 1143 A 6. Eine Verpflichtung des Eigentümers zur Befriedigung (sog. Realobligation) besteht nicht (§ 1113 A 6; OLG 1, 260; 9, 65). Daher ist auch die Eintragung einer Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers, die Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen zu befriedigen, unzulässig (RJA 11, 156).

2. Wann **die Forderung dem Eigentümer gegenüber fällig geworden ist,** bestimmt sich nach dem durch Gesetz (vgl. §§ 271, 609, 614, 771ff., 1133; auch § 25 AufwG; Vorbem 7, 8 vor § 1113) oder Rechtsgeschäft hinsichtlich des Eintritts der Fälligkeit geregelten Inhalt der Forderung. Hängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so muß diese gemäß § 1141 von dem oder an den Eigentümer erfolgt sein (**RG** 111, 401).

3. Wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist, besteht das Befriedigungsrecht des Eigentümers selbst im Falle einer dem § 1141 nicht entsprechenden (A 2) und daher dem Eigentümer gegenüber unwirksamen Kündigung, von der die Fälligkeit abhängt. Nach der Auslegungsregel des § 271 Abs 2, die aber bei Hypothekenforderungen ihrer Natur nach in der Regel nicht Platz greifen wird (JW 1924, 1621[14]), ist der Schuldner im Zweifel auch schon vor der für die Leistung (durch Gesetz oder Rechtsgeschäft) bestimmten Zeit zur Bewirkung der Leistung berechtigt (OLG 28, 90).

4. Daß die **Befriedigung** auch **durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung** seitens des Eigentümers erfolgen kann, ist im Abs 2 zur Vermeidung von Zweifeln bestimmt, weil die Leistung hier nicht sowohl die Tilgung einer Schuld als vielmehr den Erwerb einer Forderung (A 1) bezweckt (M 3, 694). Zugleich enthält Abs 2 hinsichtlich der Aufrechnung eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß ein Dritter eine ihm fremde Schuld wider Willen des Gläubigers nicht durch selbständige Erklärung der Aufrechnung tilgen kann (§ 387; **RG** 78, 384). Der Eigentümer

kann danach auch dann, wenn er mit der dinglichen Klage aus der Hypothek belangt wird, eine ihm zustehende persönliche Forderung gegen den Hypothekengläubiger einredeweise zur Aufrechnung stellen. Für die Hinterlegung sind die §§ 372 ff., für die Aufrechnung die §§ 387 ff. maßgebend. Der Eigentümer kann daher insbesondere (§ 387) nur mit einer ihm selbst zustehenden Gegenforderung aufrechnen. Auf Grund einer Aufrechnungsbefugnis des persönlichen Schuldners steht ihm nach §§ 1137, 770 Abs 2 nur eine verzögerliche Einrede zu (§ 1137 A 3). Im Falle des Konkurses über das Vermögen des Gläubigers sind für die Zulässigkeit der Aufrechnung die §§ 53, 55 KO maßgebend. Auch gegenüber einer **Grundschuld** kann der Eigentümer mit einer persönlichen Forderung aufrechnen. Denn § 1142 ist gemäß § 1192 auf die Grundschuld entsprechend anzuwenden (Prot 4, 505; **RG** 78, 409; JW 1910, 704[2]; Gruch 58, 1038; Warn 1914 Nr 323). Das gilt selbst dann, wenn die Grundschuld zu einer Konkursmasse gehört (**RG** JW 1910, 704[2]; Gruch 58, 1038). Dagegen ist der **Gläubiger** einer Hypothek oder Grundschuld nicht berechtigt, eine Gegenforderung des Eigentümers (der nicht persönlicher Schuldner ist) wider dessen Willen zur Aufrechnung zu ziehen. Denn er hat aus dem dinglichen Hypothekenrecht keinen Anspruch auf Zahlung schlechthin gegen den Eigentümer, sondern nach §§ 1113, 1147, 1192 nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung. Mithin sind der Anspruch und die Gegenforderung nicht im Sinne des § 387 auf gleichartige Leistungen gerichtet. Dies bestätigen auch die §§ 592 Satz 2, 688 Abs 1 Satz 2, 794 Nr 5 Satz 2 ZPO, in denen die Gleichstellung des Anspruchs aus einer Hypothek mit dem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme für die dort geregelten Verfahren besonders bestimmt worden ist (Prot 4, 603; **RG** Warn 1914 Nr 323; OLG 12, 305). — Die Vorschrift des § 1142 Abs 2 ist **zwingendes Recht**. Eine ihr zuwiderlaufende Vertragsklausel kann also nicht durch Eintragung ins Grundbuch verdinglicht werden (HRR 1933 Nr 911). Eine Aufrechnung des Eigentümers **mit nur einem Teil der Gegenforderung** ist in Anbetracht des den §§ 266, 242 zugrunde liegenden Rechtsgedankens unstatthaft, weil sich für den Gläubiger namentlich durch Vervielfältigung der ihm nach §§ 1144, 1145 Satz 2 obliegenden Verpflichtungen erhebliche Belästigungen durch die stückweise erfolgende Befriedigung ergeben würden (**RG** 79, 359; OLG 28, 90).

§ 1143

Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner [1]), so geht, soweit [2]) er [3]) den Gläubiger [4]) befriedigt [5]), die Forderung auf ihn über [6]). Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs 1 finden entsprechende Anwendung [7]).

Besteht für die Forderung eine Gesamthypothek, so gelten für diese die Vorschriften des § 1173 [8]).

E I 1094, 1095 II 1051; M 3 725 ff.; P 3 607 f., 631 ff.

1. § 1143 findet nur dann Anwendung, wenn **der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner** ist (**RG** 81, 77). Beispielsfälle: Der Eigentümer hat zwar im Kaufvertrag mit dem früheren Eigentümer und persönlichen Schuldner die Hypothek übernommen, der Gläubiger hat aber die Schuldübernahme nicht gemäß §§ 415, 416 genehmigt (**RG** 80, 319; KGJ 27 A 279; RJA 5, 213; s. jedoch A 3 a. E.); der Eigentümer hat das Grundstück verkauft, der Käufer die Hypothek übernommen, der Gläubiger die Schuldübernahme genehmigt, vor der Übereignung des Grundstücks an den Käufer (den neuen persönlichen Schuldner) hat aber der Verkäufer den Gläubiger befriedigt, so daß für ihn eine Eigentümerhypothek im Sinne des § 1177 Abs 2 entstanden ist (**RG** 121, 42). Ist dagegen der Eigentümer selbst der persönliche Schuldner, so erlischt gemäß § 362 die Forderung durch die Befriedigung in der Regel. Dann geht auf ihn gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 nur das dingliche Recht als Grundschuld über (**RG** 80, 319). Hat er jedoch als Gesamtschuldner oder als Mitbürge für die Schuld Hypothek bestellt, so geht auf ihn durch die Befriedigung nach §§ 426 Abs 2, 774 Abs 2 die Forderung und somit nach §§ 412, 401, 1153 Abs 1 auch die Hypothek insoweit über, als er von den übrigen Schuldnern oder von den Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann. Im übrigen erlischt die Forderung auch in diesem Falle; insoweit erlangt er auch hier nur das dingliche Recht als Grundschuld (KGJ 50, 209; A 3). Sind Eigentümer Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft, also Gemeinschafter zur gesamten Hand, und befriedigt einer der Miterben den Gläubiger nicht aus Mitteln des Nachlasses im Namen aller Miterben, sondern aus eigenen Mitteln in eigenem Namen, so ergibt sich folgende Rechtslage: War der Erblasser persönlicher Schuldner der Forderung und haften daher die Erben nach § 2058 für diese gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit als Gesamtschuldner, so geht die Forderung mit der Hypothek in Höhe des dem Befriedigenden gegen seine Miterben zustehenden Ausgleichungsanspruchs auf den Befriedigenden über; im übrigen erlischt die Hypothekenforderung und fällt die Hypothek als Grundschuld der Erbengemeinschaft zu (KGJ 50, 208).

2. **Soweit** der Gläubiger befriedigt wird, tritt der Forderungsübergang ein. Bei teilweiser

Befriedigung also hinsichtlich des Teilbetrags. Auch die Leistung von Tilgungsbeiträgen auf Amortisationshypotheken, für die der zahlende Eigentümer nicht persönlich haftet, bewirkt den Übergang der Forderung in Höhe der gezahlten Beträge, da die Tilgungsbeiträge, auch wenn sie als Zuschläge zu den Zinsen festgesetzt werden, nicht neben dem Kapital, sondern als Kapitalteile zu dessen allmählicher Tilgung zu entrichten sind (RG 54, 92; RJA 3, 138; KGJ 26 A 147; § 21 HypBankG v. 13. 7. 1899). Anderes kann jedoch auf Grund des Vorbehalts für die Landesgesetzgebung im Art 167 EG für landschaftliche oder ritterschaftliche Pfandbriefhypotheken gelten, wenn nach der Satzung die Tilgungsbeiträge zu einer Tilgungsmasse anzusammeln sind (RG 27, 219; Gruch 32, 402; KGJ 20 A 206, 319). Betrifft die Befriedigung nur Rückstände von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen oder Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, so findet insoweit zwar auch die Übertragung der Forderung auf den Eigentümer statt, aber die Hypothek für diesen Forderungsteil erlischt hier gemäß § 1178 Abs 1. — Durch die teilweise Befriedigung erlangt der Eigentümer die Rechte aus §§ 1144, 1145 auf die Urkunden zur Berichtigung des Grundbuchs, den Vermerk der Teilbefriedigung auf dem Hypothekenbrief und die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs. Der dem Gläubiger verbleibende Rest der Hypothek hat aber den Vorrang vor dem auf den Eigentümer übergehenden Teil, weil nach §§ 1143 Abs 1 Satz 2, 774 Abs 1 Satz 2, 1176 der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann (RG 126, 181).

3. Voraussetzung für den Forderungsübergang ist, daß der **Eigentümer,** der nicht persönlicher Schuldner (A 1) ist, die Befriedigung des Gläubigers bewirkt. Daß er (z. B. der Erbe des bisherigen Eigentümers) als Eigentümer eingetragen ist, verlangt das Gesetz nicht. Will er aber demnächst über die Hypothek verfügen, so kann sich das Bedürfnis für seine Eintragung formellrechtlich aus den §§ 40, 41 GBO ergeben. Auf die Befriedigung durch einen früheren oder einen zukünftigen Eigentümer (der z. B. das Grundstück gekauft, aber noch keine Auflassung erhalten hat) findet § 1143 ebensowenig Anwendung wie auf die Befriedigung durch einen sonstigen Dritten (KGJ 26 A 303; RJA 4, 233). Regelmäßig erlischt in diesen Fällen die Forderung (§ 267; RG 94, 90; 96, 139) und erlangt der Eigentümer das dingliche Recht als Grundschuld (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1; RG 93, 236), gleichviel, ob der Dritte (z. B. der frühere Eigentümer) persönlicher Schuldner ist oder nicht. Nur ausnahmsweise geht die Forderung und damit zugleich die Hypothek (§§ 412, 401, 1153) auf den befriedigenden Dritten über (KGJ 41, 251; JFG 1, 498). Dies ist der Fall (RG 96, 139), wenn der Dritte: persönlicher Schuldner ist und vom Eigentümer (z. B. im Falle der vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme: A 1) Ersatz verlangen kann (§ 1164; RG 93, 236; KGJ 26 A 303); Ablösungsberechtigter nach Maßgabe der §§ 268, 1150 ist (RG 53, 404; 93, 237); zugleich mit dem Eigentümer Gesamtschuldner oder Mitbürge ist und von dem Eigentümer Ausgleichung verlangen kann (§§ 426 Abs 2, 774 Abs 2; RG 93, 237; KGJ 26 A 150; 28 A 124; JFG 1, 498; A 1); Bürge und der Eigentümer Hauptschuldner ist (§ 774 Abs 1; RG 53, 403; 93, 236; KGJ 26 A 150; RJA 12, 251); als nicht unbeschränkt haftender Erbe des Eigentümers im Nachlaßkonkurse eine Nachlaßverbindlichkeit aus eigenen Mitteln berichtigt (§ 225 Abs 2 KO; RG 55, 160). Kein Dritter ist der Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers. Die Befriedigung durch ihn bewirkt ebenso den Übergang der Forderung nebst Hypothek auf den Eigentümer wie die Befriedigung durch diesen, mit der Maßgabe, daß die Hypothek in die Konkursmasse fällt, weil der Erwerb aus Mitteln der Masse erfolgt (OLG 9, 378). Ferner steht die Befriedigung durch einen Dritten im Namen und mit Vertretungsmacht oder Genehmigung des Eigentümers der Befriedigung durch diesen gleich (KGJ 41, 250). Zahlt anderseits der Eigentümer nicht in seiner Eigenschaft als Eigentümer, sondern für den Schuldner (z. B. wegen einer ihm obliegenden Befreiungspflicht), so findet § 1143 keine Anwendung. Vielmehr erlischt die Forderung gemäß § 362; lediglich das dingliche Recht, die Hypothek, geht hier nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Grundschuld auf den Eigentümer über (RG 80, 319; RJA 5, 210; KGJ 27 A 280). Wenn der Eigentümer die Hypothek übernommen hat, die Schuldübernahme aber vom Gläubiger nicht genehmigt ist (A 1), so ist anzunehmen, daß der zahlende Eigentümer zur Erfüllung der ihm nach § 415 Abs 3 gegenüber dem persönlichen Schuldner obliegenden Verpflichtung und zur Tilgung der Schuld, also für den persönlichen Schuldner die Zahlung leistet, es sei denn, daß besondere Umstände vorliegen, aus denen zu entnehmen wäre, daß er trotz seiner Verpflichtung nur für sich als Eigentümer hat zahlen wollen (RG 80, 320). — Wenn der Gläubiger einer Hypothek, die auf dem ganzen, mehreren Miteigentümern gehörenden Grundstück (§ 1132 A 4) lastet, von einem Miteigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, in eigenem Namen (nicht im Namen aller Miteigentümer: RG 51, 398; RJA 8, 61) befriedigt wird, so erwirbt der befriedigende Miteigentümer gemäß §§ 1143, 1153, 1009 die Hypothek als solche (Forderung nebst Hypothek) im ganzen Umfang (nicht etwa nur zu einem Bruchteil) und an dem ganzen Grundstück (str.; RG Gruch 55, 670; a. M. KGJ 41, 245; OLG 18, 173). Ist die Hypothek aber an jedem Anteil der Miteigentümer gesondert bestellt (§ 1132 A 1), so ist § 1173 entsprechend anzuwenden. Dann erwirbt also der den Gläubiger befriedigende Miteigentümer die Forderung nebst der Hypothek nur an seinem Anteil; die Hypothek an dem anderen Anteil erlischt, sofern dem Befriedigenden nicht ein Ersatzanspruch gegen den anderen Miteigentümer zusteht (KGJ 41, 245). Die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn der befriedigende

Miteigentümer auch persönlicher Schuldner ist, erörtert § 1163 A 6. Der Fall, daß Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft Eigentümer und zugleich persönliche Schuldner sind und einer von ihnen aus eigenen Mitteln den Gläubiger befriedigt, ist in A 1 besprochen. Sind die Miterben nicht zugleich persönliche Schuldner, so erwirbt der Befriedigende, der zwar nach § 2033 nur über seinen Anteil an dem ganzen Nachlaß, nicht über seinen Anteil an dem Grundstück als einzelnem Nachlaßgegenstand verfügen kann, aber als Teilhaber der Eigentümergemeinschaft zur gesamten Hand doch im Sinne des § 1143 als „Eigentümer" anzusehen ist, nach §§ 1143 Abs 1, 1153 die ganze Forderung nebst der Hypothek (str.; a. M. KGJ 50, 208: die Hypothek wird nach § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Eigentümergrundschuld zugunsten der Erbengemeinschaft). Befriedigt er dagegen den Gläubiger aus Mitteln des Nachlasses für diesen, so geht nach §§ 1143 Abs 1, 1153, 2041 die ganze Forderung nebst der Hypothek auf die Erbengemeinschaft über. Wird eine Hypothek, mit der ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, von dem Vorerben (der nach §§ 2100ff. als Eigentümer des Grundstücks gilt: KGJ 50, 211) mit eigenen Mitteln bezahlt, so geht, je nachdem die persönliche Schuld eine Nachlaßverbindlichkeit ist oder nicht, die Hypothek nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Eigentümergrundschuld oder nach § 1143 als Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs 2) auf den Vorerben persönlich über. Sie fällt also nicht in den Nachlaß (str.; KGJ 50, 210). Zahlt der Vorerbe dagegen mit Mitteln der Erbschaft, so gehört, je nachdem die persönliche Schuld eine Nachlaßverbindlichkeit ist oder nicht, die nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 entstehende Eigentümergrundschuld oder die nach §§ 1143, 1153 mit der Hypothek übergehende Forderung gemäß § 2111 Abs 1 Satz 1 („zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt") zum Nachlaß (str.; KGJ 43, 263; 50, 212).

4. Der wirkliche **Gläubiger** muß befriedigt sein. Ist aber an den eingetragenen oder bei der Briefhypothek an den gemäß § 1155 sich ausweisenden Gläubiger Zahlung geleistet, ohne daß der Empfänger der wirkliche Gläubiger ist, so gilt gemäß § 893 zugunsten des gutgläubigen Eigentümers die Zahlung als an den wahren Gläubiger erfolgt.

5. Die **Befriedigung** kann nach § 1142 Abs 2 auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen (§ 1142 A 4). Einen besonderen Fall dieser Art regelt § 1171 (Ausschlußurteil). Ob die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer freiwillig (§ 1142) oder im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1147) bewirkt wird, ist gleichgültig. Im letzteren Falle wird der Befriedigungswille des Eigentümers durch die Zwangsvollstreckung ersetzt (str.; Prot 6, 257; **RG** 81, 77; RJA 11, 304). Jedoch besteht insofern ein Unterschied, als bei der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nur die Forderung, nicht auch die Hypothek auf den Eigentümer übergeht; die Hypothek erlischt nach § 1181 (**RG** 81, 78).

6. Die Forderung geht über kraft Gesetzes, ohne daß es einer Übertragungserklärung des Gläubigers, der Eintragung in das Grundbuch und bei der Briefhypothek der Übergabe des Briefs (§ 1154) bedarf (OLG 35, 331). Mit der Forderung gehen nach §§ 412, 401, 1153 auch die Nebenrechte (dazu gehören nicht zur Sicherheit übertragene Rechte: **RG** 89, 195; 91, 279; SeuffA 66, 408), insbesondere die Hypothek, auf den Eigentümer über, so daß dieser nunmehr Gläubiger der Hypothek ist (RJA 12, 252). In **RG** 85, 363 ist dahingestellt gelassen, ob und inwieweit der Rechtsübergang sich auch erstreckt auf den Anspruch gegen einen Bürgen. Für den Fall des § 1225 (Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder, der nicht der persönliche Schuldner ist) wird allerdings die Ansicht vertreten, daß der Anspruch gegen einen Bürgen nicht oder doch nur beschränkt auf den Verpfänder übergehe. Diese Meinung beruht darauf, daß im § 1225 außer § 774 Abs 1 auch § 774 Abs 2 (Mitbürgen haften einander nur nach § 426) für entsprechend anwendbar erklärt ist (§ 1225 A 2, 3). § 1143 Satz 2 schreibt aber nur die entsprechende Anwendung des § 774 Abs 1 vor. Auch sonst ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, daß die aus dem Übergang der Forderung nach §§ 401, 412 sich ergebende Regel des Übergangs bei dem Anspruch gegen einen Bürgen im § 1143 nicht oder nur mit Einschränkung gelten soll. Es wird daher für § 1143 bei dieser Regel sein Bewenden haben müssen. § 775 gewährt nur unter gewissen Voraussetzungen dem Bürgen gegen den Hauptschuldner einen Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft (str.; OLG 35, 331). Befriedigt der Bürge den Eigentümer, auf den die Hauptforderung nebst dem Anspruch aus der Bürgschaft übergegangen ist, so erlischt die Bürgschaft. Gemäß §§ 774 Abs 1 Satz 1, 1153 geht dann die Forderung nebst der Hypothek auf den Bürgen über. Wenn demnächst der Eigentümer als dinglicher Schuldner, um die Zwangsversteigerung seines Grundstücks abzuwenden, wiederum den zum Hypothekengläubiger gewordenen Bürgen befriedigt, so geht auch wieder die Forderung nebst der Hypothek auf ihn über, nunmehr aber nicht der Anspruch gegen den Bürgen, da die Bürgschaft erloschen ist. Läßt es der Eigentümer jetzt zur Zwangsversteigerung kommen, so stellt sich heraus, ob und in welcher Höhe der Bürge dafür, daß er den ursprünglich zum Gläubiger der Hauptforderung gewordenen Eigentümer befriedigt hat, aus dem Grundstück Ersatz erlangt (OLG 35, 332). — Für den Übergang der Hypothek gelten folgende Einschränkungen: Nur die Hypothek für die Hauptforderung und die laufenden Zinsen geht über. Die Hypothek für Rückstände an Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt gemäß § 1178 Abs 1; insoweit erlangt also der Eigentümer nur die persönliche Forderung (**RG** 55, 162; A 2). Ferner kann die Hypo-

thek, solange sie mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt ist, nach § 1177 Abs 2 nur unter den für die Eigentümergrundschuld im § 1197 vorgeschriebenen Beschränkungen geltend gemacht werden. Im übrigen gehen Forderung und Hypothek so über, wie sie dem bisherigen Gläubiger zustanden. Insbesondere kann der Eigentümer auch die Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner erheben. Ob und was für ein Rechtsverhältnis hinsichtlich der Berichtigung der Forderung zwischen ihm und dem persönlichen Schuldner besteht, ob er von diesem Ersatz beanspruchen kann oder nicht, ist für den Übergang gleichgültig. Selbst der Umstand, daß der Eigentümer dem Schuldner gegenüber zu der Befriedigung verpflichtet war (z. B. wegen einer vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme: A 1), hindert den Übergang nicht, sofern nur der Eigentümer für sich (als Eigentümer: A 3) die Zahlung leistet (KGJ 27 A 280; RJA 5, 213). Der Schuldner kann aber auf Grund des zwischen ihm und dem Eigentümer bestehenden Rechtsverhältnisses Einwendungen gegen die Schuldklage erheben (A 7). Ferner stehen dem Schuldner gemäß § 412 die Einwendungen zu, die bereits zur Zeit des Übergangs der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger bestanden (§ 404), aber auch sonstige Einwendungen, die im Falle der Übertragung einer Forderung dem Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber vom Gesetz gewährt werden (§§ 406—408). Z. B. kann er geltend machen, daß die Forderung durch Zahlung oder durch Erlaß (§ 397) erloschen sei. Die Forderung gilt zwar auch in diesen Fällen, wenn der zahlende Eigentümer gutgläubig ist, gemäß §§ 892, 1138 als fortbestehend, aber nur in Ansehung der Hypothek, nicht in Ansehung des persönlichen Schuldverhältnisses (§ 1138 A 1). Der Eigentümer hat ferner die Rechte aus § 1144 auf Aushändigung der zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Urkunden und bei Briefhypotheken auf Aushändigung des Briefs. An dem Hypothekenbrief erlangt er übrigens im Falle voller Befriedigung des Gläubigers gemäß § 952 das Eigentum, so daß er ihn von jedem Besitzer herausverlangen kann. Wegen des Falles teilweiser Befriedigung vgl. A 2. Durch Veräußerung des Grundstücks gehen dem Eigentümer die durch den Übergang erlangten Rechte nicht verloren (KGJ 26 A 303; 28 A 136). — Auch auf Sicherungshypotheken findet § 1143 mangels einer gegenteiligen Bestimmung (§ 1185 Abs 2) Anwendung (**RG** 65, 417). Bei der Grundschuld ist der Eigentümer nicht „persönlicher Schuldner". Die durch § 1192 gebotene entsprechende Anwendung des § 1143 führt aber dazu, daß infolge Befriedigung des Gläubigers wegen des Grundschuldkapitals durch den Eigentümer die Grundschuld ebenfalls auf diesen übergeht. Dies wird bestätigt durch den von der Redaktionskommission 2. Lesung für die Grundschuld aufgestellten ersten Entwurf, dessen § 1139b Abs 2 lautet: „Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über" (Prot 4, 505; **RG** 60, 247; 78, 67; RJA 9, 125). Der Übergang ist nicht etwa aus § 1163 Abs 1 Satz 2 zu entnehmen (§ 1192 A 1 Abs 3). — Wird ein Hypothekengläubiger, nachdem seine Hypothek durch Zuschlag des belasteten Grundstücks in der Zwangsversteigerung gemäß § 52 Abs 1, § 91 Abs 1 ZVG erloschen ist, von dem bisherigen Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) befriedigt, so geht auf diesen mit der Forderung auch der an die Stelle der Hypothek getretene Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse (§ 1168 A 1) über; der zahlende frühere Eigentümer kann also im Verteilungstermin den Erlösteil für sich in Anspruch nehmen (**RG** 65, 418).

7. Die **entsprechende Anwendung des § 774 Abs 1** ergibt: Wie der Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen, auf den die Forderung infolge Befriedigung des Gläubigers übergegangen ist, so kann auch der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung gegen die Schuldklage des nach § 1143 Abs 1 Satz 1 zum Gläubiger gewordenen Eigentümers (A 6) Einwendungen aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse nach § 774 Abs 1 Satz 1, 3 geltend machen, z. B. die Einrede, daß der Eigentümer ihm die Forderung gestundet habe; die Zahlung an den Gläubiger auf Grund eines Schenkungsversprechens für ihn geleistet habe; infolge der vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme beim Kauf des früher ihm gehörigen Grundstücks zur Bezahlung der Schuld verpflichtet gewesen sei (KGJ 27 A 279; RJA 5, 213; A 3). Über die Anwendung des § 774 Abs 1 Satz 2 im Falle der teilweisen Befriedigung vgl. A 2.

8. Nur **für die Gesamthypothek gelten die Vorschriften des § 1173.** Der Übergang der durch die Gesamthypothek gesicherten Forderung auf den befriedigenden Eigentümer eines der belasteten Grundstücke vollzieht sich nach den Vorschriften des § 1143 Abs 1 ebenso wie bei der durch Einzelhypothek gesicherten Forderung, vorausgesetzt, daß der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist. Befriedigen mehrere Eigentümer, die nicht persönliche Schuldner sind, den Gläubiger zum Teil, so geht die Forderung zu den geleisteten einzelnen Teilbeträgen auf sie über. Die Hypothek dagegen erlangt der Eigentümer, soweit er den Gläubiger befriedigt (vgl. für den Fall teilweiser Befriedigung bezüglich des Vorrangs des Restes § 1176 u. A 2), nach § 1173 nur an seinem Grundstück, es sei denn, daß er von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann (§ 1173 nebst Bem).

§ 1144

Der Eigentümer [1]) kann gegen Befriedigung des Gläubigers [2]) die Aushändigung des Hypothekenbriefs [3]) und der sonstigen Urkunden [4]) verlangen [5]),

die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind [4]).

E I 1096, 1119 II 1052; M 3 731, 758f.; P 3 610, 665.

1. Der **Eigentümer** hat die Rechte aus § 1144 ohne Rücksicht darauf, ob er persönlicher Schuldner ist oder nicht (RG 132, 15). Es kommt für diese Rechte also nicht darauf an, ob der Eigentümer durch die Befriedigung des Gläubigers die Forderung zum Erlöschen bringt und nur die Hypothek gemäß §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 als Grundschuld erwirbt oder ob die Forderung mit der Hypothek gemäß §§ 1143, 401, 412, 1153, 1177 Abs 2 auf ihn übergeht (RG 80, 320; Warn 1925 Nr 36; RJA 11, 139; KGJ 40, 341). Die Vorschrift des § 1144 findet auch Anwendung, wenn ein Ablösungsberechtigter (§§ 268, 1150; s. § 1150 A 2) oder der persönliche Schuldner (§ 1167), der nicht Eigentümer ist, den Gläubiger befriedigt. Auf die ein dingliches Recht nicht gewährenden Hypothekvormerkungen (z. B. im Falle des § 648) ist § 1144 nicht anwendbar. Vielmehr bestimmt sich bei ihnen nach dem gesicherten Schuldverhältnis (vgl. § 320), ob Befriedigung nur Zug um Zug gegen Löschung der Vormerkung verlangt werden kann (RG 56, 251).

2. **Gegen Befriedigung des Gläubigers,** also Zug um Zug gegen Zahlung, kann die Aushändigung der im § 1144 bezeichneten Urkunden vom Eigentümer verlangt werden (RG JW 1904, 175[17]). Bestände die Vorschrift nicht, so könnte der Eigentümer erst nach der Befriedigung des Gläubigers von diesem gemäß §§ 894ff. Zustimmung zu der Berichtigung des durch die Befriedigung unrichtig gewordenen Grundbuchs (§ 894 A 3; § 1163 A 3) und Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt zwecks Grundbuchberichtigung verlangen sowie gemäß §§ 402, 412, 413 Auslieferung der im Besitz des befriedigten Gläubigers befindlichen, zum Beweise der Forderung und des Hypothekenrechts dienenden Urkunden fordern. Nach §§ 368, 371 kann er allerdings Quittung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form und Rückgabe des von ihm ausgestellten Schuldscheins auch schon Zug um Zug gegen Zahlung verlangen. § 1144 gibt nun dem Eigentümer gegenüber jenen Vorschriften weitergehende Rechte, die ihn namentlich dagegen schützen sollen, daß der Gläubiger in der Zwischenzeit von der Befriedigung bis zur Aushändigung der Urkunden noch über die Hypothek verfügt. Wird vom Gläubiger auf das Angebot der Zahlung die verlangte Aushändigung verweigert, so kommt er in Annahmeverzug (§ 298), der den Eigentümer zur Hinterlegung mit befreiender Wirkung berechtigt (§§ 372, 378). Klagt der Gläubiger auf Zahlung, so steht dem Eigentümer das Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 273, 274 zu (RG 55, 227). Jedoch braucht der Gläubiger in der Klage aus der Hypothek nicht die Aushändigung der Urkunden anzubieten; es ist vielmehr Sache des beklagten Eigentümers, die Einrede des Zurückbehaltungsrechts zu erheben, um dadurch herbeizuführen, daß er nur Zug um Zug gegen Aushändigung der Urkunden verurteilt wird (OLG 29, 365). Daraus, daß gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung verlangt werden kann, ist nicht etwa zu folgern, daß der Aushändigungsanspruch jederzeit unter Befriedigung des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Da § 1144 sich dem § 1142 anschließt, ist vielmehr der Anspruch nur dann gerechtfertigt, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers nach Maßgabe des § 1142 berechtigt ist, also wenn die Hypothekenforderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist (RG 111, 401). — Das Wort „Befriedigung" umfaßt hier ebenso wie im § 1142 alle Arten freiwilliger Tilgung, auch die durch Hinterlegung (RG Gruch 56, 994). Der Gläubiger kann verlangen, daß er zugleich wegen der Nebenverbindlichkeiten, auch wegen der, für die das Grundstück nach § 1118 kraft der Hypothek haftet (gesetzliche Zinsen, Kosten), befriedigt wird (RG Gruch 58, 668; OLG 26, 136). Anderseits kann der Eigentümer, wie sich aus § 1145 Abs 1 ergibt, auch gegen nur teilweise Befriedigung des Gläubigers Aushändigung der zur Grundbuchberichtigung oder Löschung des betreffenden Hypothekenteils erforderlichen Urkunden beanspruchen (§ 1145 A 2). Dies gilt auch bei einer Höchstbetragshypothek (§ 1190), wenn das Bestehen einer Forderung aus dem gesicherten Rechtsverhältnis in Höhe eines Teils des eingetragenen Höchstbetrags festgestellt ist (RG Warn 1914 Nr 322). Ist der Gläubiger zur Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht in der Lage (z. B. weil die Briefhypothek verpfändet ist), so kann der Eigentümer die Zahlung verweigern (RG 52, 143). — Wegen anderer persönlicher Ansprüche gegen den Eigentümer kann der Gläubiger die Aushändigung der Urkunden, insbesondere einer löschungsfähigen Quittung, nicht verweigern. Ihm steht auch selbst dann, wenn die Forderung aus demselben Rechtsverhältnis herrührt, kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 zu. Denn § 1144 gewährt dem Eigentümer ein unbedingtes Recht auf Aushändigung gegen Befriedigung; auch würde ein Verweigerungsrecht den tatsächlichen Erfolg haben, daß der Gläubiger wegen der anderen Ansprüche ebenfalls durch die Hypothek gesichert wäre (RG 107, 94; Warn 1911 Nr 392; 1925 Nr 36; OLG 10, 123). Anders liegt die Sache nur dann, wenn der Eigentümer für seine Person schuldrechtlich dem Gläubiger gegenüber weitergehende Verpflichtungen übernommen hat (RG Warn 1925 Nr 36; RG 132, 15). Ist aber eine Hypothek für eine Geldforderung bestellt, hat der Eigentümer und Schuldner daneben die Verpflichtung persönlich übernommen, Pfandbriefe zu liefern, und ist in der Schuldurkunde die Vereinbarung getroffen, daß bis zur tatsächlichen (Rück-) Gewähr der Pfandbriefe sowohl die Geldforderung

als auch die dafür bestellte Hypothek fortbestehen solle, so ist damit dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt, bis zur Gewährung der Pfandbriefe oder bis zur sonstigen Erledigung dieser Verpflichtung nicht nur die Annahme des Geldes, sondern auch die Aushändigung der im § 1144 genannten Urkunden, insbesondere der Löschungsurkunde, zu verweigern (RG 132, 15; vgl. hierzu auch § 1115 A 4 a. E.). Wurde ferner die Hypothekenforderung infolge des Währungsverfalls (vor der 3. StNotV v. 14. 2. 1924 und dem AufwG v. 16. 7. 1925) über ihren (Papiermark-) Betrag hinaus aufgewertet, so stand dem Gläubiger, wenn der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner war, wegen des den Nennbetrag übersteigenden Betrags das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 zu (RG 107, 93; 116, 243; 132, 15; Warn 1924 Nr 80; 1925 Nr 36). Stellte sich daher die Leistung des eingetragenen Betrags in entwertetem Gelde (Papiermark) als unvollständige Erfüllung dar, so war der Gläubiger, der nach § 266 eine Teilleistung nicht anzunehmen braucht, nicht verpflichtet, die Löschung der Hypothek zu bewilligen (RG 109, 111; Warn 1924 Nr 143, 165; Gruch 67, 170; 68, 306), solange sich nicht der Eigentümer erbot, einen den vollen Wert der Hypothekenforderung (oder, soweit das Aufwertungsgesetz eingreift, ihres Aufwertungsbetrags) darstellenden Betrag zu zahlen (RG Gruch 68, 307; JW 1924, 1631[6]; 1926, 145[2]). Wird aber eine Verkehrshypothek, mag der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner sein oder nicht, nach dem AufwG § 4 auf den Normalsatz von 25% (früher nach der 3. StNotV auf 15%) aufgewertet, so kann der Eigentümer Aushändigung der Urkunden gegen Zahlung dieses Aufwertungsbetrages auch dann verlangen, wenn die gesicherte Forderung unter einen der Ausnahmefälle des § 10 (§ 3 der 3. StNotV) gehört und deshalb nach allgemeinen Vorschriften über den Normalsatz hinaus aufgewertet wird. Denn durch das Aufwertungsgesetz ist der Forderung zu dem Betrage, um den ihr Aufwertungsbetrag den der Hypothek übersteigt, die dingliche Sicherung entzogen. Die Zuerkennung eines Zurückbehaltungsrechts wegen des höheren Aufwertungsbetrags der Forderung gemäß § 273 BGB würde entgegen dem Willen des Gesetzes zur tatsächlichen Sicherung des vollen Aufwertungsbetrags der Forderung führen (str.; RG 116, 241; JW 1924, 1621[14]; 1925, 2630[10]; 1926, 872[2]). Handelt es sich dagegen um eine Sicherungshypothek, bei der die Fälligkeit der höher aufgewerteten Forderung und der für einen Teil der Forderung fortbestehenden Hypothek dadurch herbeigeführt wird, daß das Kündigungsrecht nach § 25 Abs 2 AufwG von dem Eigentümer in seiner Eigenschaft als persönlicher Schuldner bezüglich des vollen Aufwertungsbetrags der Forderung ausgeübt wird (§ 1185 A 4), so kann der Eigentümer nur gegen Zahlung des vollen Aufwertungsbetrags der Forderung Aushändigung der Urkunden verlangen, da der Gläubiger eine Teilleistung nicht anzunehmen braucht (RG 111, 401; 116, 245). — Ist die Hypothek verpfändet und der Pfandgläubiger nach Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung gemäß § 1282 zur Einziehung der verpfändeten Hypothek berechtigt, so ist er befugt, an Stelle des Pfandschuldners löschungsfähige Quittung über die Hypothek zu erteilen (KGJ 23 A 147; 31 A 316; 34 A 310). Dann findet § 1144 auch auf ihn Anwendung (JW 1921, 255[1], wo aber angenommen wird, der Pfandgläubiger müsse sich vom Pfandschuldner Löschungsbewilligung verschaffen und der Hypothekenschuldner könne ihn auf diese Verschaffung sowie auf seine Zustimmung zur Löschung Zug um Zug gegen Befriedigung verklagen).

3. Aushändigung des Hypothekenbriefs (über eine Briefhypothek), nicht bloß Vorlegung an das Grundbuchamt gemäß § 896 (A 2) kann der Eigentümer, falls er den Gläubiger voll befriedigt, abweichend von § 402 (A 2) auch dann verlangen, wenn der Gläubiger sich nicht im Besitz des Briefs befindet. Ist der Brief abhanden gekommen oder vernichtet, so ist der Gläubiger verpflichtet, den Brief im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklären zu lassen (§ 1162; ZPO §§ 1003ff.) und die Erteilung eines neuen Briefs gemäß § 67 GBO herbeizuführen. Für den Fall nur teilweiser Befriedigung vgl. § 1145. An dem Brief erlangt der Eigentümer gemäß § 952 durch volle Befriedigung des Gläubigers Eigentum, durch teilweise Befriedigung Miteigentum.

4. Die Aushändigung der sonstigen, zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden, die nicht nur bei Briefhypotheken, sondern auch bei Buchhypotheken in Betracht kommen (RG Gruch 58, 667), kann der Eigentümer verlangen, auch wenn sie noch nicht vorhanden und nicht im Besitz des Gläubigers sind. Der Gläubiger muß sie dann beschaffen oder in der für die Grundbuchberichtigung oder Löschung erforderlichen Form ausstellen. Der Eigentümer hat regelmäßig die Wahl zwischen Berichtigungs- und Löschungsurkunden (RG 101, 234; Gruch 58, 670; 60, 318). Will er die Hypothek löschen lassen, so kann er eine in der Form des § 29 GBO erklärte Löschungsbewilligung verlangen (KGJ 39 A 232). Diese Bewilligung genügt nach § 19 GBO zur Löschung, sofern der Eigentümer gemäß § 27 GBO zustimmt. Zwar ist der Gläubiger nach erfolgter Befriedigung in Wahrheit nicht mehr Inhaber der Hypothek, so daß ihm an sich die Verfügung darüber nicht mehr zusteht. Kraft seiner Eintragung als Gläubiger ist er aber dem Grundbuchamt gegenüber zur Löschungsbewilligung formell legitimiert (KGJ 26 A 150; 29 A 186; 32 A 260; 40, 296). Dagegen reicht eine Löschungsbewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer nicht aus. Denn sie erbringt nicht den Nachweis, daß der Eigentümer durch Befriedigung des Gläubigers Inhaber der Hypothek geworden ist (RJA 8, 41; KGJ 32 A 257; 40, 296). Eine in der

Form des § 29 GBO ausgestellte Quittung aber ist genügend und kann erfordert werden (KGJ 39 A 232; OLG 20, 416; s. jedoch 23, 325) sowohl zur Berichtigung des Grundbuchs als auch zur Löschung. Denn dadurch wird gemäß § 22 GBO nachgewiesen, daß das Grundbuch unrichtig und infolge der Befriedigung nicht mehr der Gläubiger, sondern der Eigentümer Inhaber der Hypothek ist. Der Eigentümer kann daraufhin entweder durch einen formlosen Antrag gemäß §§ 13, 30 GBO die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen oder durch eine von ihm als Hypothekinhaber und zugleich als Eigentümer (§§ 19, 27 GBO) abgegebene, auf Löschung gerichtete Erklärung in der Form des § 29 GBO die Löschung herbeiführen (RG 56, 327; Gruch 60, 320; KGJ 26 A 149; 28 A 138; 32 A 260; OLG 20, 419). Unter Umständen kann der Gläubiger ein berechtigtes Interesse daran haben, einen Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung abzulehnen. Dann wird ein solcher Anspruch ungerechtfertigt sein, z. B. wenn bereits eine beglaubigte Quittung über die erfolgte Befriedigung ausgestellt worden ist (RG Gruch 60, 320). Die häufig noch neben der Quittung erklärte Löschungsbewilligung ist bedeutungslos, da der Gläubiger nach seiner eigenen Quittungserklärung nicht mehr Inhaber der Hypothek und daher über sie zu verfügen nicht mehr berechtigt ist (KGJ 26 A 150; 32 A 260; 40, 296). In der Quittung muß aber der Gläubiger nicht nur den Empfang der Zahlung bekennen, sondern auch angeben, daß der Eigentümer als solcher die Zahlung geleistet habe, weil sonst nach §§ 426 Abs 2, 774, 1150, 1164 (§ 1143 A 3) die Möglichkeit bleibt, daß die Hypothek durch die Zahlung der Forderung auf einen anderen als den Eigentümer übergegangen ist (KGJ 26 A 149; 28 A 133; 29 A 186; 40, 295; OLG 8, 315). Ferner kann der Eigentümer zwecks Berichtigung des Grundbuchs verlangen, daß die Quittung ergibt, ob er persönlicher Schuldner ist oder nicht, weil er nach §§ 1143, 1163 Abs 1, 1177 (§ 1143 A 1) die Hypothek im ersteren Falle als Grundschuld, im letzteren Falle als Hypothek mit der Forderung erlangt (OLG 2, 320; KGJ 45, 285; 51, 287; a. M. RJA 1, 163). Wenn der Gläubiger in der Quittung die Person des Zahlenden unrichtig bezeichnet, kann sich daraus für ihn eine Schadensersatzpflicht ergeben (RG Gruch 50, 1082). Wie zur Löschung eine Löschungsbewilligung, so genügt zur Grundbuchberichtigung auch eine Umschreibungsbewilligung des Gläubigers (KGJ 39 A 232). Sie muß aber je nach der Sachlage auf Umschreibung in eine Grundschuld oder in eine Hypothek gerichtet sein und im ersteren Falle die Erklärung enthalten, daß die Forderung erloschen sei (RJA 7, 152; KGJ 27 A 278; a. M. RJA 5, 212; 9, 218). Neben einer löschungsfähigen Quittung kann nicht noch eine urkundliche Umschreibungsbewilligung verlangt werden, da die Quittung zur Berichtigung des Grundbuchs genügt (OLG 18, 173). Ist der Gläubiger nicht als solcher im Grundbuch eingetragen, so ist er auch verpflichtet (vgl. §§ 40, 41 GBO), dem Eigentümer die zum Nachweise seines Gläubigerrechts erforderlichen Urkunden auszuhändigen (z. B. die in der Form des § 29 GBO erklärte Abtretung des als Gläubiger Eingetragenen; den Erbschein über dessen Beerbung; das Testamentsvollstreckerzeugnis: HRR 1932 Nr 1210). Über die Verpflichtung des Gläubigers, welcher befreiter Vorerbe ist, zur Beschaffung der Einwilligung des Nacherben: RG 69, 260. Abtretung an einen Dritten kann nicht verlangt werden (A 5).

5. Daraus, daß der Eigentümer die Aushändigung der fraglichen Urkunden **verlangen kann,** folgt nicht, daß der Gläubiger die etwa notwendige Herstellung der Urkunden (A 3, 4) auf seine Kosten zu bewirken hat. Vielmehr hat nach §§ 369, 897 grundsätzlich der Eigentümer die Kosten zu tragen (RG 22. 6. 1932 V 95/32; OLG 6, 271). Die Klage aus § 1144 kann im Falle der Verweigerung vor der Befriedigung auf Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Berichtigungs- oder Löschungsurkunden Zug um Zug gegen Befriedigung gerichtet werden (A 2; vgl. § 726 Abs 2 ZPO). Sie findet aber auch noch nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers (nicht in §§ 894, 896, sondern) in § 1144 ihre Rechtfertigung (A 2, 3). Für sie ist gemäß § 24 ZPO das Gericht des belegenen Grundstücks ausschließlich zuständig, weil der Eigentümer damit die dingliche Belastung für sich selbst in Anspruch nimmt (SeuffA 58, 373; 64, 33; OLG 15, 255; 17, 87; 29, 82; teilweise a. M. OLG 21, 65; JW 1921, 255[1]). Mehrere Miteigentümer, die auf Grund ihrer Zahlung gemeinschaftlich klagen, sind notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62 ZPO (RG 60, 269). Die Zwangsvollstreckung erfolgt nicht gemäß § 887 oder § 888 ZPO, sondern nach § 883 ZPO im Wege der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher (RG Gruch 50, 1110). Im Konkurse des Gläubigers steht dem Eigentümer wegen seines Aushändigungsanspruchs ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO) zu (RG 60, 251; 86, 240). — Zur Abtretung der Hypothek an einen Dritten besteht eine gesetzliche Verpflichtung des Gläubigers nicht (KGJ 39 A 233). Auch auf Grund einer vom Eigentümer erteilten Abtretung des Anspruchs auf Umschreibung der Hypothek kann der Zessionar nicht die Bewilligung der Umschreibung auf seinen Namen vom Gläubiger verlangen. Denn das Grundbuch ist durch die Befriedigung nur insofern unrichtig geworden, als die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist. Der Gläubiger ist daher nur verpflichtet, dieser Grundbuchberichtigung zuzustimmen (RG 59, 294). Nach der herrschenden Meinung soll aber eine Abrede dahin zulässig und eintragungsfähig sein, daß der Gläubiger auf Verlangen des Eigentümers verpflichtet sei, die Hypothek an einen von diesem zu benennenden Dritten, der sich zur Auszahlung bei Fälligkeit erbiete, abzutreten. Aus dieser Abrede soll dann dem Eigentümer eine Einrede im Sinne des § 1157 gegen die Geltendmachung der Hypothek bis zur Abtretungserklärung zustehen. Diese Ansicht begegnet rechtlichen Bedenken. Die Verdinglichung einer der-

artigen Abrede durch Eintragung könnte nur dann als den Inhalt des Hypothekenrechts betreffend für zulässig erachtet werden, wenn die Abrede eine Tilgungsbedingung enthielte. Dies ist nicht der Fall, da die Hypothekenforderung gerade bestehenbleiben und der Gläubiger die Zahlung des Dritten als Abtretungsentgelt anzunehmen verpflichtet sein soll (RJA 1, 165).

§ 1145

Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nur teilweise [1]), so kann er die Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht verlangen [2]). Der Gläubiger ist verpflichtet, die teilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken [3]) und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung dem Grundbuchamt [4]) oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs für den Eigentümer der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notare vorzulegen [5]).

Die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 gilt für Zinsen und andere Nebenleistungen nur, wenn sie später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Gläubiger befriedigt wird, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden. Auf Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet, findet die Vorschrift keine Anwendung [6]).

E I 1119 II 1052; M 3 759; P 3 610, 665; 6 253.

1. Die Vorschriften des § 1145 finden bei der Briefhypothek zunächst auf den Fall der **teilweisen Befriedigung durch den Eigentümer** Anwendung, und zwar gleichviel, ob dieser persönlicher Schuldner ist oder nicht (§ 1144 A 1). Sie sind aber weiterhin auch anzuwenden auf die Fälle teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch einen Ablösungsberechtigten (§§ 268, 1150) oder durch den persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer ist (§ 1167), und auf den Fall eines teilweisen Verzichts des Gläubigers auf die Hypothekenforderung (§ 1168 Abs 3). Gelangt die Forderung teilweise nicht zur Entstehung, so daß die Hypothek zu diesem Teil dem Eigentümer zusteht (§ 1163 Abs 1), so ist zwar mangels einer Bestimmung hierfür § 1145 nicht anwendbar. Da aber der Eigentümer gemäß § 952 Miteigentümer des Hypothekenbriefs und das Grundbuch hinsichtlich des Teiles unrichtig ist, so kann er nach §§ 749, 752, 1152 Teilung durch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs und nach § 896 Vorlegung des Stammbriefs zu diesem Zweck sowie gemäß § 894 Zustimmung des Gläubigers zur Umschreibung des Hypothekenteils verlangen (**RG** 59, 317; 69, 40). Im Zusammenhang mit § 1145 stehen die §§ 31 Abs 2, 40, 52 HypBankG v. 13. 7. 1899. Zu beachten ist, daß der Gläubiger nach § 266 zur Annahme von Teilleistungen nicht verpflichtet ist (**RG** Gruch 68, 306; vgl. auch über die Berechtigung zur Befriedigung § 1144 A 2).

2. **Aushändigung des Hypothekenbriefs**, wie im Falle voller Befriedigung des Gläubigers nach § 1144, kann der Eigentümer hier **nicht verlangen.** Denn der erteilte Brief muß dem Gläubiger zum ausschließlichen Besitz verbleiben, damit e uneingeschränkt über den ihm zustehenden Hypothekenteil verfügen kann (**RG** 69, 41; Gruch 54, 1023). Dagegen kann der Eigentümer auch bei nur teilweiser Befriedigung gemäß § 1144 die Aushändigung der zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung des bezahlten Hypothekenteils erforderlichen Urkunden (§ 1144 A 4) beanspruchen. Das ergibt sich aus den Worten „zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung" (**RG** Warn 1914 Nr 322).

3. Der (auch nur privatschriftliche) **Vermerk des Gläubigers über die teilweise Befriedigung** schließt nach § 1140 für den Fall, daß der Gläubiger über den getilgten Hypothekenteil verfügt, die Berufung des Erwerbers auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus (§ 1140 A 2). Soll er zugleich als Quittung für die Berichtigung des Grundbuchs dienen (§ 1144 A 4), so bedarf er der Form des § 29 GBO.

4. **Zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs** durch Umschreibung des bezahlten Hypothekenteils **oder zur Löschung** dieses Teils hat der Eigentümer gemäß § 42 GBO **dem Grundbuchamt den Brief vorzulegen,** damit darauf gemäß § 62 GBO die Eintragung vermerkt werden kann. § 1145 gewährt ihm gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Vorlegung zu diesen Zwecken. Im Falle der Umschreibung des Teils auf den Eigentümer hat der dem Gläubiger verbleibende Teil nach § 1176 auch ohne ausdrückliche Bestimmung den Vorrang.

5. Der Anspruch auf **Vorlegung des Briefes zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs** (§ 1152) ist dem Eigentümer, der den bezahlten Hypothekenteil auf seinen Namen umschreiben lassen will, gewährt, damit er über den Teil verfügen kann. Zwar genügt zur Abtretung und zur Belastung des Teils auch die Übergabe des Stammbriefs an den Erwerber oder die Einräumung des Mitbesitzes (§ 866) daran (**RG** 65, 62; 69, 39; 75, 221; RJA 2, 85; 6, 64). Aber der Gläubiger ist zur Herausgabe des Briefs nicht verpflichtet (A 2). Über die Herstellung des Teilbriefs, für die nach § 61 Abs 1 das Grundbuchamt, die durch Landesgesetz zu bestimmenden

Gerichte und die Notare zuständig sind, trifft § 61 Abs 2, 3 GBO Bestimmung. Für den Fall, daß der bezahlte Teil zur Eigentümergrundschuld wird (§ 1144 A 1), vgl. § 1152 A 1.

6. Der Abs 2 versagt dem Eigentümer für den Fall der Bezahlung gewisser **Zinsen oder anderer Nebenleistungen,** namentlich der im laufenden oder folgenden Kalendervierteljahr fällig werdenden, und für den Fall der Entrichtung von **Kosten** des § 1118 den Anspruch auf den Vermerk der Zahlung und auf Vorlegung des Briefs. Das entspricht den Sonderbestimmungen, die für diese Nebenleistungen und Kosten in den §§ 1158, 1159, 1178 bezüglich der Zulässigkeit von Einwendungen gegenüber einem neuen Erwerber ohne Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und hinsichtlich der Nichterlangung einer Eigentümerhypothek gegeben sind, sowie dem Umstand, daß die Eintragung derartiger Tilgungen nicht zulässig ist (Prot 6, 253). Der erste Satz des Abs 2 ergibt die Möglichkeit, daß der Eigentümer die Hypothek in Ansehung künftiger Zinsen erwirbt, während die Hypothek im übrigen beim Gläubiger bleibt (§ 1178 A 3).

§ 1146

Liegen dem Eigentümer [1]) gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt [2]), so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen [3]) aus dem Grundstücke [4]).

E I 1140 II 1053; M 3 790; P 3 711 f.

1. § 1146 enthält eine das dingliche Hypothekenrecht erweiternde Bestimmung für den Fall des Verzugs des **Eigentümers,** der nicht persönlicher Schuldner ist. Daß das Grundstück kraft der Hypothek für Verzugszinsen haftet, die wegen Verzugs des persönlichen Schuldners verlangt werden können, folgt bereits aus § 1118. Die Vorschrift des § 1146 findet mangels einer entgegenstehenden Bestimmung (§ 1185 Abs 2) auch auf Sicherungshypotheken Anwendung. Desgleichen auf Grundschulden (§ 1192) sowie auf Rentenschulden hinsichtlich der Ablösungssumme, aber nicht der einzelnen Leistungen (§§ 1199, 1200 Abs 1, 289).

2. Die **Voraussetzungen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt,** ergeben sich aus den §§ 284, 285. Danach ist namentlich Mahnung des Eigentümers (§ 284 Abs 1 Satz 1) erforderlich, wenn nicht für die Leistung, was bei Hypotheken meistens der Fall sein wird, eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 284 Abs 2). Zur Wirksamkeit der Mahnung ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger sich zur Aushändigung der im § 1144 genannten Urkunden erbietet (OLG 23, 170).

3. Nach § 288 Abs 1 gebühren dem Gläubiger **Verzugszinsen** zu 4 vom Hundert, unbeschadet des Rechts auf Fortbezug höherer Zinsen, die von der Hypothek vereinbarungsgemäß zu entrichten sind. Dies ist besonders von Bedeutung, wenn die Hypothek unverzinslich oder zu weniger als 4 vom Hundert verzinslich ist. Dagegen ist dem Gläubiger das Recht nicht gewährt, gemäß §§ 286, 288 Abs 2, 289 Satz 2 Ersatz eines weiteren Schadens aus dem Grundstück zu verlangen (M 3, 790). Nur ein persönlicher Anspruch gegen den Eigentümer kann in dieser Hinsicht nach allgemeinen Grundsätzen der Haftung für Schadenszufügung, insbesondere nach § 823 Abs 1, unter Umständen gegeben sein. Ein solcher Schadensersatzanspruch ist z. B. dann dem Hypothekengläubiger zuzubilligen, wenn der Eigentümer schuldhaft durch nicht stichhaltige Einwendungen die Befriedigung des Gläubigers verzögert (JW 1933, 634[6]). Auch Prozeßzinsen als solche vom Eintritt der Rechtshängigkeit der dinglichen Klage ab gebühren dem Gläubiger nicht, da der dingliche Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück keine Geldforderung im Sinne des § 291 ist. Zinsen von der Klagerhebung ab können daher nur als Verzugszinsen beim Vorliegen der Voraussetzungen des Verzugs zu dieser Zeit verlangt werden. Vgl. einerseits § 284 Abs 1 Satz 2 (Klagerhebung steht der Mahnung gleich), anderseits § 284 Abs 1 Satz 1 (Fälligkeit erforderlich), auch § 285. Wohl aber haftet das Grundstück nach § 1118 für die Prozeßzinsen, zu denen der persönliche Schuldner auf die Schuldklage verurteilt wird. Sind der Eigentümer und der persönliche Schuldner zugleich im Verzug, so stehen dem Gläubiger nur einmal Verzugszinsen zu.

4. Nur **aus dem Grundstück** nach Maßgabe des § 1147 kann der Gläubiger die Verzugszinsen verlangen. Er ist aber nicht berechtigt, wegen des Verzugs des Eigentümers den persönlichen Schuldner in Anspruch zu nehmen.

§ 1147

Die Befriedigung [1]) des Gläubigers aus dem Grundstück [2]) und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt [3]), erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung [4]).

E I 1075 II 1054; M 3 675 ff.; P 3 571 f.

1. Der Umfang der **Befriedigung,** die der Gläubiger auf Grund des dinglichen Hypothekenrechts aus dem Grundstück suchen kann, ergibt sich aus den §§ 1113, 1115 in Verbindung mit § 1118 (gesetzliche Zinsen der Forderung, Kosten der Kündigung, Kosten der die Befriedigung

aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung) und § 1146 (Verzugszinsen bei Verzug des Eigentümers, der nicht persönlicher Schuldner ist). Nach § 1118 hat der Gläubiger insbesondere auch wegen der Kosten der dinglichen Klage oder einer vollstreckbaren Urkunde (§ 794 Nr 5 ZPO), für die er zahlungspflichtig ist, das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück. Im Zwangsversteigerungsverfahren kann er dieses Recht gemäß §§ 10 Abs 2, 12 Nr 1, 37 Nr 4, 110, 114 ZVG durch Anmeldung geltend machen, ohne daß er eines besonderen vollstreckbaren Titels (eines Kostenfestsetzungsbeschlusses) bedarf, sofern er nicht etwa wegen der Kosten allein die Zwangsversteigerung betreibt. Wird der Eigentümer auf die dingliche Klage verurteilt, so sind ihm nach § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zur Last zu legen. Denn unterliegende Partei ist er für seine Person, nicht als Vertreter des Grundstücks, das nicht Partei sein kann. Er haftet dem Gläubiger für die Erstattung der diesem erwachsenen Kosten (§§ 103ff. ZPO) ebenso wie der Staatskasse auch mit seinem sonstigen Vermögen (OLG 3, 319; vgl. auch **RG** JW 1901, 183). Legt aber das Prozeßgericht dem Gläubiger die Kosten auf, etwa wegen eines sofortigen Anerkenntnisses des Eigentümers gemäß § 93 ZPO, so kann der Gläubiger nicht, wie vereinzelt gemeint wird, trotzdem Befriedigung wegen seiner Kosten aus dem Grundstück suchen. Denn die Auferlegung der Kosten enthält die Abweisung des Anspruchs auf Erstattung der Rechtsstreitkosten (§ 308 Abs 2 ZPO) und beseitigt diesen Anspruch ebenso vollkommen wie die Auferlegung der Kosten im Falle der Abweisung der ganzen Klage (OLG 3, 319). Für die Anwendung des § 93 ZPO ist aber in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung zu bemerken: Wenn der Eigentümer nach Eintritt der Fälligkeit der Hypothekenforderung den Gläubiger nicht gemäß § 1142 befriedigt, so gibt er Veranlassung zu der dinglichen Klage. Auch ein sofortiges Anerkenntnis befreit ihn also nicht von der Kostenlast, es sei denn, daß er die Befriedigung vergeblich versucht oder sich zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Nr 5 ZPO erboten hat (OLG 3, 318; 3, 319; 6, 386; 9, 65; 11, 52; 13, 102; 13, 103; 15, 86; 18, 163; SeuffA 59 Nr 113; a. M. OLG 1, 259; vgl. auch OLG 23, 112).

2. Die Befriedigung **aus dem Grundstück** erfolgt durch Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (**RG** 47, 270; 56, 324; 81, 73; 93, 236; OLG 1, 259: § 1181 A 1). Ihr unterliegen gemäß §§ 864 Abs 1, 870 ZPO auch die mit Hypotheken belastbaren Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (das Erbbaurecht: VO v. 15. 1. 1919 § 11; nach Landesrecht: Artt 63, 67, 68, 69, 196 EG; vgl. § 2 EGZVG). Nach der dem § 1114 (vgl. auch § 1106) entsprechenden Vorschrift des § 864 Abs 2 ZPO steht ferner insoweit einem Grundstück gleich ein Grundstücksbruchteil, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht oder wenn sich der Anspruch des Gläubigers auf ein Recht gründet, mit welchem der Bruchteil als solcher belastet ist. Der letztere Fall ist z. B. gegeben, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil mit einer Hypothek belastet hat und demnächst die Miteigentumsanteile sich in einer Hand vereinigt haben. Zulässig ist die Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miteigentümers auch dann, wenn ein früherer Alleineigentümer das ganze Grundstück mit einer Hypothek belastet hat und späterhin das Grundstück in das Miteigentum mehrerer gelangt ist (**RG** 20, 270; § 1132 A 1). Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück kann der Gläubiger nach seiner Wahl durch den Antrag auf Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung betreiben (§§ 864, 866, 869 ZPO; §§ 15ff., 146ff. ZVG) sowie durch Beitritt zu einem bereits anhängigen Verfahren (§§ 27, 146 ZVG). Die Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPO) kommt hier nicht in Betracht. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung zu Bestimmungen, wonach der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann, finden sich in Artt 60, 192 Abs 2 EG, zur Regelung der Zwangsvollstreckung in die einem Eisenbahn- oder Kleinbahnunternehmen gewidmeten Grundstücke und sonstige Vermögensgegenstände (Bahneinheit) im Art 112 EG.

3. Die Befriedigung **aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt,** also aus den in den §§ 1120—1130 behandelten Gegenständen, kann zunächst im Wege der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des Grundstücks gesucht werden, da diese Verfahren nach § 865 Abs 1 ZPO die Gegenstände mitumfassen. Jedoch umfaßt nach § 21 ZVG die Beschlagnahme bei der Zwangsversteigerung, anders als bei der Zwangsverwaltung (§ 148 Abs 1 ZVG), die Gegenstände nicht ausnahmslos, namentlich nicht Miet- und Pachtzinsforderungen. Solange die Gegenstände noch nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung beschlagnahmt sind (§§ 20, 22, 146, 151 ZVG), kann der Gläubiger aus ihnen auch im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (Pfändung) Befriedigung suchen (OLG 10, 420). Nur Zubehörstücke können nicht gepfändet werden (§ 865 Abs 2 ZPO; § 1121 A 3). Wesentliche Bestandteile des Grundstücks aber unterliegen vor der Trennung überhaupt nicht der Pfändung, ausgenommen nach § 810 ZPO ungetrennte Früchte (§ 1120 A 1). Aus Gebäudeversicherungsforderungen kann der Gläubiger nicht nur im Wege der Pfändung, sondern nach § 1128 Abs 2 ausnahmsweise auch durch Einziehung sich befriedigen (§ 1128 A 5). — Streitig ist, ob der Hypothekengläubiger, dessen Hypothek durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen ist (§§ 52, 91 ZVG), wegen des Ausfalls sich an die für die Hypothek haftenden Gegenstände, die von der Beschlagnahme nicht mitergriffen oder von der Versteigerung ausgeschlossen waren, auf Grund seines dinglichen Rechts trotz dessen Löschung halten darf. Dies ist zu

bejahen, sofern die Gegenstände nicht nach Maßgabe der §§ 1121 ff. inzwischen von der Haftung für die Hypothek frei geworden sind. Denn da die Löschung lediglich die Folge des Zuschlags ist, kann ihre Wirkung bei Hypotheken, die nicht durch Befriedigung aus dem Grundstück erloschen sind, nicht über das zugeschlagene Grundstück hinaus auch auf die vom Zuschlag nicht betroffenen, der Hypothek haftenden Gegenstände erstreckt werden. Vielmehr müssen solche Hypotheken an den genannten Gegenständen trotz Erlöschens der Grundstückshaftung durch den Zuschlag ebenso bestehenbleiben wie im Falle der Anordnung einer besonderen Versteigerung der Gegenstände gemäß § 65 ZVG (RG 55, 414; 125, 366; JW 1911, 46[35]; Gruch 48, 1064; OLG 3, 337; 14, 33; 30, 103; 33, 166; a. M. OLG 11, 137). Dies gilt auch von Zubehörstücken, die von dem Grundstückseigentümer zwar veräußert, aber nicht von dem Grundstück entfernt sind, auf die sich also nach §§ 1120, 1121 Abs 1 die Hypothek weiter erstreckt (§ 1121 A 2, 3) und die von dem Ersteher des Grundstücks kraft Einstellung der Zwangsvollstreckung in sie gemäß § 55 Abs 2, § 37 Nr 5 ZVG durch den Zuschlag nicht erworben sind (JW 1927, 402[11]; über die Zulässigkeit der Pfändung solcher Zubehörstücke für einen persönlichen Gläubiger trotz § 865 Abs 2 ZPO und über die Lösung des Widerstreits der Rechte zwischen den Hypothekengläubigern und dem Pfändungsgläubiger vgl. § 97 A 1). Sind aber die haftenden Gegenstände durch den Zuschlag auf den Ersteher übergegangen (§ 90 ZVG), so können sich die Hypothekengläubiger selbstverständlich (§§ 91, 92 ZVG) an die Gegenstände wegen ihres Ausfalls nicht halten (RG Gruch 48, 1024).

4. Die Voraussetzungen für die Befriedigung aus dem Grundstück **im Wege der Zwangsvollstreckung** ergeben sich aus den §§ 704—752, 794—801 ZPO, §§ 16—18, 146, 147 ZVG. Besonders ist erforderlich ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen den Eigentümer (§§ 16, 17 ZVG). Nach § 1148 gilt jedoch der als Eigentümer Eingetragene zugunsten des Gläubigers als der wirkliche Eigentümer. Da nach § 1113 die hypothekarische Belastung darin besteht, daß eine Geldsumme zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist, und da nach § 1147 die Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, ist die dingliche Klage zur Erlangung eines vollstreckbaren Urteils zu richten auf Verurteilung des Eigentümers, zur Befriedigung des Klägers wegen des Hypothekenkapitals und der Nebenforderungen (A 1) die Zwangsvollstreckung in das Grundstück und die für die Hypothek haftenden Gegenstände zu dulden (RG 49 S. 107, 110; RJA 11, 156; OLG 35, 332; vgl. dazu die Vorschläge in JW 1921, 1353; 1922, 213). Die früher vielfach übliche Fassung des Antrags dahin, „bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu zahlen", ist nicht zu billigen, weil nach dem BGB dem Eigentümer eine Zahlungspflicht nicht obliegt (vgl. jedoch RG 63, 183). Die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, brauchen in den Antrag nicht aufgenommen zu werden, da die Zwangsvollstreckung in das Grundstück sie mitumfaßt (A 3). Die Klage kann nach §§ 592 Satz 2, 688 Abs 1 Satz 2 ZPO auch im Urkundenprozeß und im Mahnverfahren erhoben werden. Ist der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so kann mit der dinglichen Klage die Schuldklage verbunden werden. Der Antrag ist dann zu richten auf Verurteilung, an den Kläger die Hypothekensumme zu zahlen und zur Befriedigung des Klägers wegen der Summe die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden. Den Gerichtsstand für die dingliche und die mit dieser verbundene Schuldklage regeln die §§ 24, 25 ZPO. Auch der Gläubiger der auf Grund eines schuldrechtlichen Schuldtitels eingetragenen Zwangshypothek (§ 867 ZPO) kann aus dieser die dingliche Klage erheben. Er hat an der Erlangung eines dinglichen Schuldtitels neben dem schuldrechtlichen ein Interesse, da im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks seine Rechte auf Grund des dinglichen Schuldtitels weitergehende sind (§ 26 ZVG; RG 76, 119) und, wenn er Mietzinsen aus dem Grundstück auf Grund eines solchen Schuldtitels pfändet, die Pfändung als Beschlagnahme nach §§ 1123, 1124 (§ 1123 A 2; § 1124 A 2) gilt (OLG 35, 332). Über die Vollstreckbarkeit des gegen den Eigentümer erlassenen Urteils gegen den Rechtsnachfolger im Falle der Veräußerung des Grundstücks nach Eintritt der Rechtshängigkeit finden sich besondere Vorschriften in § 325 Abs 3 ZPO, § 26 ZVG. Im übrigen vgl. über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gegen einen Rechtsnachfolger die §§ 727—731, 738, 742, 744, 745, 749 ZPO, die auch für die Hypothekenklage gelten. — Ferner kann die Zwangsvollstreckung erfolgen auf Grund einer nach Maßgabe des § 794 Nr 5 oder des § 800 ZPO vom Eigentümer erteilten vollstreckbaren Urkunde. Das gilt aber nicht, wenn die Urkunde eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) betrifft. Denn bei dieser fehlt die nach § 794 Nr 5 ZPO erforderliche Bestimmtheit des zu zahlenden Geldbetrags (RJA 2, 203; OLG 3, 295; 8 S. 148, 149; 9, 230; 13, 196). Im Art VIII EG ZPO Nov. v. 17. 5. 1898 findet sich ein Vorbehalt für landesgesetzliche Vorschriften über vollstreckbare Hypothekenurkunden. Zu beachten sind ferner: § 794 Nr 1 ZPO (vollstreckbare gerichtliche Vergleiche) und § 1044a ZPO (für vollstreckbar erklärte Vergleiche vor dem Schiedsgericht). Nach § 75 AufwG findet auch aus den vor der Aufwertungsstelle abgeschlossenen Vergleichen (z. B. über gelöschte, nach §§ 14, 15 kraft Vorbehalts oder Rückwirkung aufzuwertende Hypotheken) die Zwangsvollstreckung statt (RG 136, 62). — Ist der Gläubiger zugleich Eigentümer, also Eigentümerhypothekar, so kann er nach §§ 1177, 1197 Abs 1 nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. Ist der Eigentümer im Konkurse, so kann der Gläubiger gemäß §§ 4 Abs 2, 47 KO abgesonderte Befriedigung aus dem Grund-

stück unabhängig vom Konkursverfahren betreiben. Die dingliche Klage ist aber nach §§ 6, 11 KO gegen den Konkursverwalter zu richten (RG JW 1901, 183; OLG 15, 86; auch RG 52, 140; Gruch 45, 624). Auch der Konkursverwalter kann die Zwangsvollstreckung betreiben (§§ 126, 127 KO, §§ 172—174 ZVG). — Das Recht des Hypothekengläubigers auf Zwangsvollstreckung in das Grundstück und die mithaftenden Gegenstände darf nicht völlig ausgeschlossen werden. Eine solche Vereinbarung widerstreitet dem Wesen der Hypothek (§ 1113) und ist daher nichtig (RG Gruch 58, 974). Jedoch ist es nicht unzulässig, wenn das Recht auf Zwangsvollstreckung nur in der Weise beschränkt wird, daß der Gläubiger nicht selbst soll die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreiben dürfen, im übrigen aber Zwangsvollstreckungsakte (z. B. Zwangsverwaltung, Pfändung von Mietzinsen) ihm freigelassen sind, er auch in einer von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung seine Hypothek geltend machen darf (RG Gruch 58, 975). Solche Beschränkungsklauseln können aber nicht in das Grundbuch eingetragen werden (JW 1931, 3282[2]). Vgl. hierzu auch § 1113 A 7 a. E., § 1120 A 1 a. E., § 1137 A 2. — Ist das Grundstück zwangsversteigert und die Hypothek gemäß § 91 ZVG durch den Zuschlag erloschen, so tritt an die Stelle der Hypothek das Recht auf Befriedigung aus dem vom Ersteher zu zahlenden Versteigerungserlös (§ 1113 A 6). Die Art und Weise der Übertragung und Pfändung dieses Rechts, die Anwendbarkeit des § 1163 Abs 1 darauf und die Wirkung des Verzichts auf dieses Recht behandeln § 1154 A 1, § 1163 A 3, § 1168 A 1. War die Hypothek einem Dritten verpfändet, so ergreift das Pfandrecht nunmehr (nach dem Surrogationsgrundsatz) dieses Befriedigungsrecht (RG Warn 1915 Nr 85).

§ 1148

Bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek [1]) gilt zugunsten des Gläubigers derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer [2]). Das Recht des nicht eingetragenen Eigentümers, die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen geltend zu machen, bleibt unberührt [3]).

E II 1055; M 3 223; P 3 575f.

1. § 1148 gewährt dem Gläubiger **bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek,** also bei Erhebung der dinglichen Klage (§ 1147 A 4), eine Erleichterung hinsichtlich der Feststellung der Person des richtigen Beklagten (z. B. im Falle einer Erbfolge, der Eigentumseintragung auf Grund einer nichtigen Auflassung), wie sie ihm § 1141 Abs 1 Satz 2 auch bei der Kündigung zuteil werden läßt. Für die Schuldklage gegen den Eigentümer als persönlichen Schuldner gilt die Vorschrift nicht.

2. Aus dem in A 1 angegebenen Grunde wird bestimmt, daß **zugunsten des Gläubigers,** während sonst für die Rechtsverfolgung der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§§ 892, 893) nicht besteht (M 3, 223), **der als Eigentümer Eingetragene als der Eigentümer gilt.** Kraft dieser (nicht bloß widerlegbaren Vermutung, sondern über § 891 hinausgehend) unwiderlegbaren Fiktion ist der Eingetragene für die dingliche Klage als der richtige Beklagte anzusehen, auch wenn er nicht der wahre Eigentümer ist (z. B. weil er beim Erwerb des Grundstücks geisteskrank war). Das gilt selbst dann, wenn der Gläubiger das Nichteigentum kennt oder ein Widerspruch gegen das Eigentum eingetragen ist. Der Eingetragene kann also niemals den Einwand erheben, daß er in Wirklichkeit nicht Eigentümer sei (RG 94, 57). Das gegen ihn erlassene Urteil berechtigt den Gläubiger, gemäß §§ 17 Abs 1, 146 ZVG die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung des Grundstücks zu betreiben. Der wahre Eigentümer kann hiergegen nicht auf Grund des § 750 ZPO den Einwand geltend machen, daß die Zwangsvollstreckung unzulässig sei, weil ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen ihn selbst nicht vorliege. Er kann den Gläubiger nicht zwingen, gegen ihn von neuem die dingliche Klage zu erheben (Prot 3, 575). Der Gläubiger aber, zu dessen Gunsten allein die Fiktion gilt, ist auch zur Klage gegen den wirklichen Eigentümer berechtigt. Erlangt er einen vollstreckbaren Titel gegen ihn, so kann er dessen Eintragung gemäß § 14 GBO erwirken und dann gegen ihn die Zwangsvollstreckung betreiben. Ist über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet, so ist für die dingliche Hypothekenklage der Konkursverwalter ohne Rücksicht darauf, ob er das Grundstück gemäß § 117 KO in Besitz und Verwaltung genommen hat oder nicht, gemäß § 6 Abs 2 KO der richtige Beklagte. Nur dann scheidet er aus dieser Rolle aus, wenn er das Grundstück aus der Masse freigegeben hat; dazu ist eine Erklärung gegenüber dem Gemeinschuldner erforderlich (RG 94, 56).

3. **Die dem nicht eingetragenen Eigentümer gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen,** die ihm erhalten bleiben, können z. B. darauf gerichtet sein: daß die Hypothek überhaupt nicht bestehe, weil sie von dem Nichteigentümer bestellt und dem Gläubiger das Nichteigentum bekannt gewesen sei (§ 892); daß die Hypothek gegen ihn, den wahren Eigentümer, zufolge eines persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden dürfe (§ 1137 A 1). Überhaupt kann er alle die Einwendungen geltend machen, die sonst einem Eigen-

tümer gegenüber der dinglichen Klage zustehen (§ 1137 A 1—5). Die auf solche Einwendungen gestützte Klage (deren Erhebung zur Geltendmachung der Einwendungen erforderlich ist: RG 94, 57) wird als Feststellungsklage (auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses: § 256 ZPO) aufzufassen sein, auch wenn sie erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung erhoben wird (RG 59, 305; JW 1884, 299[18]; 1903, 398[6]). Eine Widerspruchsklage nach § 771 ZPO ist sie im letzteren Falle nicht, da nicht ein dem Kläger an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zustehendes, die Veräußerung hinderndes Recht geltend gemacht wird. Ebensowenig ist die Klage eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, da diese die Geltendmachung der Einwendung gegen den Anspruch durch den Urteilsschuldner zur Voraussetzung hat (str.; a. M. Prot 3, 576). Der nicht eingetragene Eigentümer muß in jedem Falle zunächst seine Klagberechtigung durch den Nachweis dartun, daß er der wahre Eigentümer ist.

§ 1149

Der Eigentümer kann [1]), solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist [2]), dem Gläubiger nicht das Recht einräumen [1]), zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken [2]).

E I 1077 II 1056; M 3 679ff.; P 3 573.

1. Da im Gebiet des Sachenrechts der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht besteht, **kann der Eigentümer nicht** die hypothekarischen Rechte der Hypothekengläubiger mit dinglicher Wirkung erweitern. Für seine Person kann er allerdings Verpflichtungen nach dieser Richtung eingehen. Aber die daraus sich ergebenden Rechte können nicht zum Nachteil der übrigen Gläubiger geltend gemacht werden. § 1149 enthält in dieser Hinsicht, wie aus den Worten „kann nicht" folgt, die noch weitergehende Bestimmung, daß zwei derartige Verpflichtungen auch dann, wenn sie vom Eigentümer nur für seine Person übernommen worden sind, überhaupt nichtig sein sollen, sofern ihre Festsetzung vor dem Eintritt der Fälligkeit der Hypothekenforderung erfolgt. § 1149 umfaßt ganz allgemein nicht bloß den dinglichen Vertrag, sondern auch schuldrechtliche Verträge, die auf Übertragung des Eigentums gerichtet sind (RG 92, 104). Der erste Fall des § 1149 betrifft das Verbot der lex commissoria. Verboten wird damit eine Vereinbarung des Inhalts, daß das Pfandgrundstück dem Gläubiger für die Hypothek verfallen solle, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks seiner Verbindlichkeit aus der Hypothek zur Verfallzeit nicht Genüge leiste. Dieses Verbot gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger berechtigt sein soll, das Grundstück in Zahlung zu nehmen, oder ob ihm das Grundstück ohne weiteres an Zahlungsstatt zufallen soll (RG 130, 228). Nicht hierunter fällt aber und ist daher rechtsverbindlich, sofern nicht nach den Umständen des Falles ein wucherisches Geschäft (§ 138 Abs 2) vorliegt, z. B.: eine nicht an die Bedingung der Nichtbefriedigung des Gläubigers geknüpfte, sondern unabhängig hiervon ohne einen Schwebezustand und selbständig getroffene Vereinbarung, auch wenn der Vertrag die Übertragung des Eigentums am Grundstück zum Zwecke der Befriedigung des Hypothekengläubigers zum Gegenstand hat (RG 130, 229); die Übernahme der Verpflichtung durch den Eigentümer, einem Hypothekengläubiger noch vor der Fälligkeit seiner Forderung das belastete Grundstück unabhängig von der Zahlung der Forderung am Fälligkeitstermin zu einem bestimmten Preise zu überlassen (RG 92, 105); die Vereinbarung zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger, daß jener diesem gegen Löschungsbewilligung einen Bruchteil des Grundstücks aufzulassen habe, falls der Kurswert der Währung, in der die hypothekarisch gesicherte Forderung ausgedrückt ist, unter eine bestimmte Grenze sinken sollte (HRR 1933 Nr 198); die Festsetzung der Verpflichtung des Eigentümers, das Grundstück an denjenigen, von dem er es durch Kauf erwirbt, für den Fall der nicht pünktlichen Zahlung des durch Hypothek zu sichernden Kaufpreises zurückzuübertragen (M 3, 681). Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen, auch vor Eintritt der Fälligkeit, ergibt sich daraus, daß die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück nicht „zum Zwecke der Befriedigung" erfolgen soll (RJA 3, 195). Der Anspruch auf Übertragung des Eigentums kann nach § 883 Abs 1 Satz 1, 2 durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden (RJA 3, 195). Die an sich zulässigen Vereinbarungen bedürfen aber zur Rechtsgültigkeit der im § 313 vorgeschriebenen Form. Die Anwendung des § 1149 wird indessen nicht unbedingt und stets dadurch ausgeschlossen, daß für das zu Eigentum zu übertragende Grundstück ein bestimmter Preis vereinbart wird. Ist die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums zu der Nichtzahlung der Hypothekenforderung am Fälligkeitstermin in Beziehung gesetzt und von dieser Nichtzahlung abhängig gemacht, so ist der Tatbestand des § 1149 auch dann gegeben, wenn ein Preis für das zu übereignende Grundstück festgesetzt ist. Das gilt sogar dann, wenn der festgesetzte Preis höher als die Hypothekenforderung ist und deshalb die Preisbestimmung die Verpflichtung des Gläubigers zur Herausgabe des Überschusses an den Eigentümer als notwendige Folge mit sich bringt. Denn auch hier ist die Absicht

der Beteiligten darauf gerichtet, daß der Gläubiger, wenn die Zahlung der Hypothekenschuld durch den Eigentümer am Fälligkeitstermin nicht erfolge, Befriedigung durch Erlangung des Eigentums an dem Grundstück bei gleichzeitiger Verrechnung der Hypothekenforderung auf die Preisforderung erhalten solle. Auch hier ist also dem Gläubiger das Recht eingeräumt, zum Zwecke seiner Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen (RG 92, 101).

2. Nur **solange nicht die Forderung dem Eigentümer gegenüber fällig geworden ist,** kann der Eigentümer dem Gläubiger die im § 1149 bezeichneten Rechte nicht rechtsverbindlich einräumen. Entsprechende Vorschriften für das Pfandrecht gelten nach den §§ 1229, 1245. Wird dagegen nach Eintritt der Fälligkeit (nicht dem persönlichen Schuldner, sondern) dem Eigentümer gegenüber (§ 1142 A 2) zwischen diesem und einem Hypothekengläubiger vereinbart, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, **zum Zwecke seiner Befriedigung die Übertragung des Eigentums** an dem Grundstück zu verlangen oder **die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung,** also auf andere Weise als nach § 1147 (z. B. durch freihändigen Verkauf) zu bewirken, so sind diese Vereinbarungen in dem Verhältnisse zwischen Eigentümer und Gläubiger (A 1) wirksam. Die erstere Vereinbarung bedarf der Form des § 313. Der Anspruch daraus kann gemäß § 883 Abs 1 Satz 1 durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Auf die Vereinbarung der zweiten Art trifft dies nicht zu, da sie nicht auf Übertragung des Eigentums, sondern auf Duldung der Veräußerung gerichtet ist. Wenn dem Gläubiger z. B. der Privatverkauf gestattet ist, so schließt er den Kaufvertrag mit dem Käufer. Die Auflassung hat auf Erfordern der Eigentümer dem Käufer zu erteilen (vgl. §§ 40, 41 GBO, § 894 ZPO). Wird aber der Gläubiger vom Eigentümer auch zur Auflassung (unwiderruflich: § 168 Satz 2) ermächtigt, so muß die Vereinbarung hier ebenfalls in der Form des § 313 geschlossen werden (RG 50, 163).

§ 1150

Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke [1]), so finden die Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145 entsprechende Anwendung [2]).

E I 1081, 1082 II 1057; M 3 690ff.; P 3 577ff.; 4 603f.

1. Wie § 268 gegenüber dem persönlichen Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand betreibt, so gewährt § 1150 gegenüber dem **Befriedigung aus dem Grundstücke verlangenden Hypothekengläubiger** ein Ablösungsrecht. Eine entsprechende Vorschrift für das Pfandrecht findet sich im § 1249. Das Ablösungsrecht ist nicht zum Schutz des Schuldners gegeben, sondern um dem Berechtigten die Möglichkeit zu gewähren, die ihm durch die Zwangsvollstreckung des betreibenden Gläubigers drohende Gefahr des Verlustes eines Rechts oder seines Besitzes abzuwenden (RG 91, 303; 123, 340). § 1150 erweitert beim dinglichen Hypothekenrecht das Ablösungsrecht gegenüber § 268 insofern, als er nicht erfordert, daß der Gläubiger bereits die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (§ 1147) betreibt, sondern das Ablösungsrecht auch schon dann gewährt, wenn der Gläubiger gerichtlich oder außergerichtlich Befriedigung aus dem Grundstück verlangt (RJA 15, 161). Es ist also nicht einmal erforderlich, daß der Hypothekengläubiger die dingliche Klage gegen den Eigentümer erhoben hat. Vielmehr kann das Ablösungsrecht auch schon dann geltend gemacht werden, wenn der Gläubiger den Eigentümer zur Zahlung aufgefordert (RG 91, 302) oder die Hypothek gekündigt hat (RG Gruch 55, 673) und die Fälligkeit eingetreten oder der Gläubiger schon vorher (§ 1142 A 3) zur Annahme der Zahlung verpflichtet ist. Denn bereits hierdurch ist das Interesse des Ablösungsberechtigten in Anbetracht der drohenden Zwangsversteigerung hinreichend gefährdet (Prot 3, 578). Unter Umständen kann auch in dem Vorgehen eines vorläufig nur bedingten Gläubigers (z. B. in seiner Beschwerde gegen den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren) ein Ablösungsrecht diesem gegenüber gegeben sein (OLG 42, 41). Ist als Zahlungsbedingung gesetzt, daß der Gläubiger, wenn die Zinsen zur Verfallzeit nicht pünktlich gezahlt würden, sofort und ohne Kündigung die Zahlung des Kapitals verlangen könne, und hat sich der Grundstückseigentümer wegen aller fälligen Kapital- und Zinsbeträge der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, so kann daraus entnommen werden, daß der Gläubiger ein für allemal im voraus das Verlangen auf Befriedigung aus dem Grundstück gestellt habe für den Fall, daß Zinsen oder Kapital zur Verfallzeit nicht gezahlt würden. Danach kann angenommen werden, daß in dem Augenblick, wo die Zahlung zur Verfallzeit unterbleibt, das Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstück hervorgetreten ist. Denn daß das Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstück nach Eintritt der Fälligkeit des hypothekarischen Anspruchs von dem Gläubiger zum Ausdruck gebracht sein müsse, ergibt sich aus § 1150 nicht (RG SeuffA 76 Nr 22). Dagegen genügt nicht eine Mahnung an den (vom Eigentümer verschiedenen) persönlichen Schuldner oder die Erhebung der Schuldklage gegen ihn, da hierbei nicht Befriedigung „aus dem Grundstück" verlangt wird. Die Zweckbestimmung des Ablösungsrechts steht einer Ablösung nach Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens zwar nicht grundsätzlich entgegen (RG 1. 11. 1930 V 411/29), kann aber dann nicht mehr erfüllt

werden, wenn das abzulösende Recht am Grundstück schon durch den Zuschlag erloschen ist. Im Verteilungstermin besteht also kein Ablösungsrecht mehr, da eine Beseitigung der Versteigerung nicht mehr in Frage kommt, die Ablösung vielmehr nur den Zweck hätte, dem Ablösenden einen besseren Rang zu sichern (RG 123, 340). Die Ablösung in der Zwischenzeit vom Zuschlag bis zum Verteilungstermin erörtert A 2.

2. Aus der **entsprechenden Anwendung der Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145** folgt: Ablösungsberechtigt (§ 268 Abs 1) sind alle an dem Grundstück oder den für die Hypothek haftenden beweglichen Gegenständen (§§ 1120ff.) dinglich Berechtigten, die durch die Zwangsvollstreckung der Gefahr ausgesetzt sind, ihr Recht zu verlieren, z. B. Grunddienstbarkeitsberechtigte (RG JW 1913, 1147[5]), nachstehende Hypothekengläubiger, der Bürge für eine Hypothekenforderung (OLG 29, 366), auch der Besitzer des Grundstücks, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren (z. B. mit Rücksicht auf § 57 Satz 2 ZVG Mieter, Pächter: RG 90, 355; 91, 302). Der Besitzer muß aber als solcher, um den Verlust des Besitzes durch die Zwangsvollstreckung zu verhüten, die Zahlung geleistet haben. Hat z. B. ein als Eigentümer eingetragener Besitzer, der aber, wie sich infolge Anfechtung der ihm erteilten Auflassung demnächst ergeben hat, nicht wahrer Eigentümer ist, Zahlung an einen Hypothekengläubiger zur Erfüllung einer ihm gegenüber dem Vorbesitzer obliegenden Verpflichtung geleistet, so findet § 1150 keine Anwendung (RG 80, 321). Wenn das an sich zur Ablösung berechtigte Recht erst entstanden ist, nachdem die Zwangsvollstreckung in das Grundstück eingeleitet war und der Rechtserwerber hiervon Kenntnis erlangt hatte, so wird dadurch das Ablösungsrecht nicht ausgeschlossen; das Gesetz bietet für einen solchen Ausschluß keinen Anhalt (OLG 29, 367). Für den Grundstückseigentümer, der schon nach § 1142 zur Befriedigung des Hypothekengläubigers berechtigt ist, kommt § 1150 nicht in Betracht. Ist er nicht zugleich persönlicher Schuldner der hypothekarisch gesicherten Forderung, so geht nach § 1143 durch die Befriedigung die Forderung und damit nach § 1153 auch die Hypothek auf ihn über. Ist er zugleich persönlicher Schuldner, so erwirbt er nach § 1163 Abs 1 Satz 2, § 1177 Abs 1 die Hypothek für die getilgte Forderung als Eigentümergrundschuld. Dies gilt auch dann, wenn das Grundstück zur Zwangsversteigerung gestellt ist und die Befriedigung des Hypothekengläubigers vor dem Zuschlag erfolgt. Durch den Zuschlag erlischt zwar nach § 91 Abs 1 ZVG die Hypothek, falls sie nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben soll (nicht in das geringste Gebot fällt), als dingliches Recht am Grundstück. Die durch die erloschene Hypothek gesicherte Forderung bleibt aber (bis zum Abschluß der Verteilung) bestehen, und als Sicherung für sie tritt an die Stelle des Grundstücks das aus der Hypothek fließende Recht auf den Versteigerungserlös (RG 75, 313; 88, 300; 102, 120; 123, 339). Tilgt nun der Schuldner-Eigentümer die bestehengebliebene Forderung bis zum Verteilungstermin, so erwirbt er das dem Gläubiger erwachsene Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös (RG 88, 300; 123, 339; 127, 353). Der Ersteher des zwangsversteigerten Grundstücks ist in der Regel zur Ablösung einer nicht in das geringste Gebot fallenden Hypothek nicht berechtigt. Zwar kann er wie jeder Dritte den Gläubiger der Hypothek (des aus ihr fließenden Rechts auf den Versteigerungserlös) in der Zeit vom Zuschlag bis zum Verteilungstermin gemäß § 267 befriedigen; die Hypothek (das Recht auf den Erlös) geht dadurch aber nicht auf ihn über (RG 123, 339; 127, 354). Der Ersteher ist aber gegenüber einem Hypothekengläubiger, dessen Hypothek ausgefallen und infolge des Zuschlags gelöscht ist, ablösungsberechtigt, wenn dieser den Zuschlagsbeschluß anficht. Denn falls die Anfechtung Erfolg hat und der Zuschlagsbeschluß aufgehoben wird, verliert der Ersteher das Eigentum am Grundstück, und der Gläubiger hat trotz der Löschung (§§ 90, 91 Abs 1 ZVG) immer noch ein dingliches Recht am Grundstück, das aufschiebend bedingt von der rechtskräftigen Aufhebung des Zuschlags in der Weise abhängt, daß es in diesem Falle als überhaupt nicht erloschen gilt. Der Gläubiger sucht mithin durch die Anfechtung des Zuschlags noch Befriedigung wegen seiner (ausgefallenen) Hypothek aus dem Grundstück (OLG 42, 40). — Beim Vorhandensein mehrerer Ablösungsberechtigter, deren Ablösungsrecht sich aus verschiedenen Rechtsverhältnissen ergibt, kann jeder für sich allein das Ablösungsrecht ausüben (RG 83, 392). Dabei hat keiner vor dem andern ein Vorrecht. Erst durch die vollzogene Befriedigung, nicht schon dadurch, daß einer der mehreren gegenüber dem Gläubiger die Befriedigung in Aussicht stellt oder mit ihm vereinbart, erledigt sich das Ablösungsrecht der übrigen (str.). Einem persönlichen Gläubiger, mag er auch die Beschlagnahme des Grundstücks ausgebracht haben, steht das Ablösungsrecht nicht zu. — Die Befriedigung des Gläubigers muß wegen des ganzen von ihm verlangten Betrags bewirkt werden, bei einer nach dem AufwG aufgewerteten Höchstbetragshypothek aber nur in Höhe des Aufwertungsbetrags der Hypothek, nicht der durch sie gesicherten höheren persönlichen Forderungen (RG 123, 150). Sie kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung mit einer Forderung des Ablösenden an den Gläubiger erfolgen (§ 268 Abs 2; § 1142 A 4). Für die Aufrechnung enthält dies eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß ein Dritter eine ihm fremde Schuld wider Willen des Gläubigers nicht durch selbständige Erklärung der Aufrechnung tilgen kann (§ 387; RG 78, 384). — Die Wirkung der Ablösung ist, daß die Forderung mit der Hypothek kraft Gesetzes (ohne Abtretung) auf den Ablösenden übergeht (§ 268 Abs 3 Satz 1; §§ 401, 412, 1153 Abs 1; RG 91, 302). Ist die Hypothek eine Gesamthypothek, so erwirbt der

Ablösende die Hypothek an allen belasteten Grundstücken, wenn er bezüglich des Grundstücks, aus dem der Gläubiger Befriedigung verlangt, ablösungsberechtigt ist (OLG 26, 192). Im Falle teilweiser Befriedigung, die in Frage kommt, wenn der Gläubiger nur wegen eines Teils seiner Hypothekenforderung Befriedigung verlangt, hat der dem Gläubiger verbleibende Rest der Forderung den Vorrang (§ 268 Abs 3 Satz 2; s. unten). Da die Befriedigung durch den Ablösenden gleichsteht der Befriedigung durch den Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist (a. M. OLG 35, 196, wo nur § 402 für anwendbar erachtet wird), kann der Ablösende zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) nach §§ 1144, 1145 Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers (§ 1144 A 2) die Aushändigung der hierzu erforderlichen Urkunden (§ 1144 A 4) verlangen. Bei Briefhypotheken kann er weiter beanspruchen: im Falle voller Befriedigung des Gläubigers Aushändigung des Briefs (§ 1144 A 3); im Falle teilweiser Befriedigung Vorlegung des Briefs zwecks Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (§ 1145 A 5). Gemäß § 75 ZVG hat die Befriedigung des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers nach Beginn der Versteigerung die Einstellung des Verfahrens zur Folge. Im Falle der Ablösung eines Zinsrückstandes tritt der auf den Ablösenden übergehende Zinsanspruch im Range hinter den dem Hypothekengläubiger verbleibenden Anspruch auf das Hypothekenkapital zurück, so daß dem Kapital nunmehr der Vorrang vor den Zinsen gebührt. Das ergibt sich einerseits aus der Bedeutung, die der Ablösung im allgemeinen beizulegen ist, andrerseits aus der Berücksichtigung des § 1178, wonach die Zahlung durch den Schuldner selbst nicht die Entstehung einer Eigentümergrundschuld, sondern das Erlöschen der Hypothek für den abgelösten Zinsrückstand zur Folge gehabt hätte (RG 131, 325). Auch wenn später ein anderer Berechtigter das Hypothekenkapital zum Teil ablöst, behält der Teil den Vorrang vor jenem Zinsrückstand. Denn § 1150 in Verbindung mit § 268 Abs 3 Satz 2 begründet kein persönliches Recht des Gläubigers (so noch RG 82, 133), sondern ein der Hypothek anhaftendes dinglich wirksames Recht, wonach gemäß § 1176 die einzelnen Teile des Hypothekenkapitals beim gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Übergang ihr Rangverhältnis untereinander nicht verändern (RG 131, 326). Voraussetzung für die Wirkung der Ablösung ist, daß die Befriedigung des Gläubigers auf sein Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstück erfolgt. Hat der Ablösungsberechtigte mit dem Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieb, vereinbart, der Gläubiger solle die Zwangsvollstreckung zur Aufhebung bringen, dafür wolle er bestimmte Zahlungen auf die Hypothek (z. B. auf die Zinsen der Hypothek) leisten, hat dann der Gläubiger dieser Vereinbarung gemäß die Zwangsvollstreckung zur Aufhebung gebracht und leistet demnächst der Ablösungsberechtigte die zugesagten Zahlungen, ohne daß der Gläubiger zuvor wieder die Zwangsvollstreckung betrieben oder sonst Befriedigung aus dem Grundstück verlangt hätte, so findet ein Übergang der Hypothek auf den Ablösungsberechtigten nicht statt (OLG 29, 366), es sei denn, daß eine Bürgschaft in der Vereinbarung zu finden ist und daher der Übergang nach §§ 774, 412, 1153 erfolgt. — Wenn dem zur Duldung der Ablösung verpflichteten Gläubiger noch andere nachstehende Hypotheken an demselben Grundstück zustehen, kann er die Ablösung weder versagen noch von der Befriedigung auch der anderen Hypotheken abhängig machen. Vielmehr geht auch in diesem Falle die von der Ablösung betroffene Hypothek in ihrem bestehenden Rechtszustande auf den Ablösenden über. Insbesondere behält sie den Vorrang vor den anderen Hypotheken des Gläubigers. Daß nach § 268 Abs 3 Satz 2, § 1150 (vgl. die ähnlichen Bestimmungen in den §§ 426, 774, 1143, 1164, 1176, 1225, 1249, 1607, 1709) der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann, hat nur folgende Bedeutung: Durch die Ablösung darf der Gläubiger der von der Ablösung betroffenen Hypothek keinen Nachteil erleiden. Insbesondere hat also, wenn der Gläubiger nur mit einen Teilbetrag seiner Hypothek, wegen dessen er Befriedigung aus dem Grundstück verlangt hat, befriedigt wird, der ihm verbleibende Restbetrag der Hypothek den Vorrang vor dem auf den Befriedigenden übergehenden Teilbetrag (RG 76, 198; 82, 135; 126, 181). Überhaupt darf sich die Lage des Gläubigers durch die Ablösung nicht verschlechtern gegenüber der Lage, in die er durch eine Zahlung des Schuldners nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, also durch eine Tilgung der Forderung, geraten wäre (RG 131, 324). Soweit aber dem Gläubiger noch eine andere Hypothek zusteht, ist er als unbeteiligter Dritter anzusehen. Die Bestimmung hat nicht die Tragweite, daß der Ablösende bei Konkurrenz mit dem ursprünglichen Gläubiger diesem schlechthin und überall weichen müßte (str.; RG 82, 133; 83, 404; JW 1913, 1147[5]; Gruch 58, 922; RJA 15, 162). Hatte der Gläubiger einen Teilbetrag der Hypothek auf einen anderen übertragen, ohne diesem den Vorrang vor dem Restbetrag zu gewähren (§ 1151 A 1), und wird er wegen des Restbetrags später befriedigt, so steht dem Erwerber des Teilbetrags der Vorrang nicht zu, da der übertragene Teil eine selbständige, einem anderen gehörige Hypothek geworden ist und Mitübertragung eines dem Teil im Hinblick auf eine Ablösung anhaftenden Rechts nicht in Frage kommen kann (RG 82, 138). Dabei ist es ohne Belang, ob den beiden Hypotheken eine einheitliche Forderung zu Teilbeträgen oder mehrere verschiedene Forderungen zugrunde liegen. Denn für die Zulässigkeit und Wirkung der Ausübung des Ablösungsrechts aus § 1150 kommen allein die dinglichen Hypothekenrechte in Betracht, nicht die gesicherten persönlichen Forderungen (RG JW 1913, 1147[5]). Betrifft die Ablösung rückständige Zinsen und Kosten, so kann der Gläubiger nicht geltend machen, er sei durch

die Ablösung insofern benachteiligt, als die Hypothek für die Zinsen und Kosten nach § 1178 erloschen wäre, wenn der Schuldner selbst die Befriedigung bewirkt hätte. Denn insoweit käme nicht bezüglich der durch die Ablösung betroffenen Hypothek, sondern nur bezüglich der anderen Hypothek ein Nachteil in Frage, der aber außer Betracht zu bleiben hat (str.; RG JW 1913, 1147[5]; vgl. auch Warn 1914 Nr 275: löst B, dem eine der Hypothek des A im Range nachstehende Hypothek zusteht, eine andere Forderung des A ab, die zwar nicht eingetragen ist, aber in der Zwangsversteigerung nach § 10 Nr 2 das Vorrecht vor der Hypothek des A hat, so kann A wegen seiner Hypothek nicht geltend machen, er sei darum benachteiligt, weil die Forderung erloschen wäre, wenn der Schuldner gezahlt hätte). Hat die andere Hypothek gleichen Rang mit der abgelösten Hypothek desselben Gläubigers und gründet sich das Ablösungsrecht auf ein eingetragenes Recht am Grundstück, so hat die auf den Ablösenden übergegangene Hypothek den Vorrang vor der anderen Hypothek, wenn erst nach Eintragung des zur Ablösung berechtigenden Rechts die andere Hypothek mit der Bestimmung eingetragen worden ist, daß sie gleichen Rang mit der vor dem Recht des Ablösungsberechtigten eingetragenen (demnächst abgelösten) Hypothek habe, und wenn der Ablösungsberechtigte nicht seine Zustimmung dazu gegeben hat. Denn der Ablösungsberechtigte hatte bereits durch seine Eintragung eine Anwartschaft auf Ablösung und Erwerb der ihm vorgehenden Hypothek mit deren Rang erlangt für den Fall, daß der Hypothekengläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlange. Diese Anwartschaft konnte ihm gemäß § 880 Abs 5 nicht dadurch verkümmert werden, daß der nachträglich eingetragenen anderen Hypothek der gleiche Rang mit der vorgehenden Hypothek eingeräumt wurde (§ 880 A 9). — Besteht die abgelöste Hypothek zugleich als Gesamthypothek auch an einem anderen Grundstück, das dem Gläubiger selbst gehört (hat z. B. der Eigentümer des anderen Grundstücks die Gesamthypothek durch Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers für einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer des mitbelasteten Grundstücks gemäß § 1173 Abs 2 erworben: § 1173 A 7), so geht nicht, wie sonst bei einer Gesamthypothek (A 2), auch die Hypothek an dem anderen (dem abgelösten Gläubiger selbst gehörigen) Grundstück auf den Ablösenden über. Denn ein solcher Übergang würde dem abgelösten Gläubiger zum Nachteil im Sinne des § 268 Abs 3 Satz 2 gereichen, da sein Grundstück mit der Hypothek belastet bliebe (OLG 26, 193). Nun kann aber die Gesamthypothek nicht in zwei verschiedenen Gläubigern zustehende Einzelhypotheken für dieselbe Forderung zerfallen. Deshalb und weil der abgelöste Gläubiger Befriedigung aus dem ihm nicht gehörigen Grundstück verlangt hatte, ist es so anzusehen, als ob er (durch die Ablösung) Befriedigung aus diesem Grundstück erlangt hätte. Unter entsprechender Anwendung des § 1181 Abs 2 ist also im Ergebnis anzunehmen, daß die Hypothek an seinem Grundstück erlischt. — Wenn der Gläubiger einer Hypothek, die auf dem ganzen, mehreren Miteigentümern gehörenden Grundstück lastet, die Hypothek allen Miteigentümern gegenüber kündigt, von denen einer nicht persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, kommt ein Ablösungsrecht dieses Miteigentümers nicht in Frage. Denn er ist schon nach § 1142 zur Befriedigung des Gläubigers wegen der ganzen Hypothek berechtigt und erwirbt durch die Befriedigung nach §§ 1143, 1153, 1009 die ganze Hypothek als solche (Forderung nebst Hypothek) an dem ganzen Grundstück (RG Gruch 55, 670). — Vereitelt oder erschwert der Gläubiger schuldhaft ein bestehendes Ablösungsrecht (z. B. dadurch, daß er die angebotene Befriedigung zurückweist oder daß er im Falle der Haftung mehrerer Grundstücke für die Hypothek die wertvollsten Grundstücke arglistig aus der Pfandhaft entläßt), so ist er (insbesondere, wenn das Grundstück demnächst zwangsversteigert wird) nach § 823 Abs 1 oder § 826 dem Ablösungsberechtigten zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Der Schaden kann z. B. im Falle der Entlassung von Grundstücken aus der Pfandhaft dem Ablösungsberechtigten dadurch ersetzt werden, daß ihm das Ablösungsrecht mit einem der Verringerung der Pfandgrundstücke entsprechenden verhältnismäßigen Betrage gestattet und demgemäß das Zwangsversteigerungsrecht des Ablösungsgegners auf diesen verhältnismäßigen Betrag beschränkt wird (RG 83, 393; 90, 355; 123, 340).

§ 1151

Wird die Forderung geteilt [1]), so ist zur Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander [2]) die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich [3]).

E II 1058; P 3 94f., 585.

1. **Die Forderung wird geteilt,** z. B. wenn: ein Teil vom Gläubiger abgetreten oder für einen Gläubiger des Gläubigers gepfändet (RJA 3, 84) oder auf einen anderen vererbt wird (RJA 4, 171); die Forderung mit der Hypothek zu einem Teil auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten kraft Gesetzes übergeht (§ 1143 A 3). In den letzteren Fällen hat der dem Gläubiger verbleibende Restbetrag den Vorrang (§§ 1176, 1143, 774, 426, 1150, 268). In den ersteren Fällen haben dagegen die Teilbeträge gleichen Rang, wenn nicht ein anderes bestimmt worden ist (RG JW 1911, 277[5]; KGJ 25, 303; 29 A 184; für Amortisationshypotheken

§ 1176 A 1). Übrigens kann auch ohne Änderung oder Wechsel in der Person des Gläubigers eine Teilung der Forderung eintreten, wenn diese in der Weise zerlegt wird, daß die Teile im Verhältnisse zueinander durch ihre rechtlichen Beziehungen (z. B. durch verschiedenen Rang) oder durch Art oder Umfang der damit verbundenen Rechte (z. B. hinsichtlich des Zinssatzes, der Fälligkeit) sich als gesondert darstellen (KJA 4, 172; 15, 318). Über weitere Fälle der Teilung vgl. § 1152 A 1, 4. Durch die Teilung, insbesondere im Falle der Abtretung eines Teils, treten an die Stelle der bisher einheitlichen Hypothek mehrere selbständige Hypotheken in Höhe der Teilbeträge (**RG** 52, 361; 75, 249; § 1176 A 1 a. E.). Wenn eine Hypothekenforderung nach und nach durch Teilzahlungen getilgt wird, so entstehen mit jeder Teilzahlung gemäß §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 Eigentümergrundschulden, die selbständig sind und über die der Eigentümer gesondert verfügen kann. Er kann aber auch die mehreren Grundschulden zu einer einzigen Grundschuld vereinigen oder gemäß § 1198 wieder in eine einzige Hypothek umwandeln, obwohl sie verschiedenen Rang haben und der Zusammenfassung mehrerer selbständiger unter verschiedenen Nummern eingetragener Hypotheken oder Grundschulden zu einer einzigen der Spezialitätsgrundsatz entgegensteht (KJA 16, 309). Über mehrere Einzelhypotheken, insbesondere Einzel-Höchstbetragshypotheken, für je einen Forderungsteil vgl. § 1132 A 2, 4.

2. § 1151 betrifft sowohl den Fall, daß die **Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander** (A 1), also die Einräumung des Vorrangs eines Teils vor dem anderen, schon bei der Teilung der Forderung erfolgt, als auch den Fall, daß diese Änderung erst nachher erfolgt. Denn die Worte „wird die Forderung geteilt" umfassen auch den Fall bereits geschehener Teilung, und es liegt kein Grund vor, beide Fälle verschieden zu behandeln (str.; KJA 8, 240; JFG 4, 427). Gleichartig (z. B. hinsichtlich der Zinsen, der Fälligkeit) brauchen die Teile nicht zu sein (JFG 4, 432). Auf eine Änderung des Inhalts, wodurch das ganze Recht eine andere Gestaltung gewinnt, bezieht sich die Vorschrift aber nicht. Für eine solche Änderung sind die §§ 877, 873 maßgebend, wonach Einigung mit dem Eigentümer erforderlich ist (JFG 4, 433).

3. Daß zu der Rangänderung die **Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich** ist, bildet eine Ausnahme von § 880 Abs 2 Satz 2, 3. Sie wird gemacht zur Vermeidung unnötiger Erschwerungen (Prot 3, 94). Die übrigen Vorschriften des § 880 (insbesondere über das Erfordernis der Einigung zwischen dem Zurücktretenden und dem Vortretenden) finden auch auf diese Rangänderung Anwendung. Die Rangänderung ist im Grundbuch sowohl bei dem zurücktretenden als auch bei dem vortretenden Teil zu vermerken (§ 880 A 4; KJA 12, 256). Wenn eine für künftig entstehende Forderungen aus einem Kreditverhältnis bestellte Höchstbetragshypothek durch entstandene Forderungen noch nicht voll angefüllt ist, kann der Gläubiger ohne Zustimmung des Eigentümers die Hypothek nicht im vollen eingetragenen Betrag, sondern nur in Höhe des Betrags der Anfüllung teilen und das Rangverhältnis der Teilhypotheken untereinander ändern (A 1). Denn in Höhe des nicht angefüllten Betrags steht dem Eigentümer eine vorläufige Eigentümergrundschuld zu (§ 1190 A 1; a. M. KJA 15, 318).

§ 1152

Im Falle einer Teilung der Forderung [1]) kann [2]), sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist [3]), für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief hergestellt werden [4]); die Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks ist nicht erforderlich [5]). Der Teilhypothekenbrief tritt für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes [6]).

E I 1122 II 1059; M 3 761 f.; P 3 665 f.

1. Über die **Teilung der Forderung** vgl. § 1151 A 1. Eine reale Teilung wird im § 1152 nicht erfordert. Auch wenn nur ein Bruchteil der Forderung abgetreten wird, kann ein Teilhypothekenbrief gebildet werden (M 3, 761). Dasselbe gilt, wenn die Hypothekenforderung auf eine Bruchteilsgemeinschaft (z. B. im Falle der Abtretung der Briefhypothek an mehrere neue Gläubiger zu gleichen Rechten und Anteilen) übergeht (KGJ 39 A 268). Über eine Teilung der Forderung in Hauptforderung und Zinsen: A 4 und § 1158 A 3. Wird die Forderung bei einer Teilung des belasteten Grundstücks in der Weise auf die einzelnen Grundstücksteile verteilt, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet, so ist für die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs kein Raum, da die Hypotheken für die Teilbeträge nicht Teile derselben Hypothek, sondern wegen der Verschiedenheit der belasteten Grundstücke selbständige Hypotheken sind. Hier ist unter entsprechender Anwendung des § 64 GBO für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen (KJA 4, 170; auch **RG** 52, 361). Nach § 1192 findet § 1152 auch auf Grundschulden Anwendung. Daraus ist zu entnehmen, daß auch dann eine Teilung im Sinne des § 1152 vorliegt, wenn ein Teil der Hypothek (z. B. durch Befriedigung des Gläubigers nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1) Eigentümergrundschuld geworden ist. Auch hier kann also auf Antrag des Eigentümers oder eines Erwerbers der Grundschuld von dem gemäß § 1145 Abs 1

Satz 2 vom Gläubiger vorzulegenden Stammhypothekenbrief ein Teilgrundschuldbrief (nicht ein selbständiger Grundschuldbrief: § 65 GBO) für die Eigentümergrundschuld hergestellt werden (RJA 11, 139; KGJ 40, 339; OLG 23, 213).

2. Ein Teilhypothekenbrief **kann** hergestellt werden. Notwendig ist es nicht. Auch dann, wenn ein Teil der Briefhypothek abgetreten wird, ist zur Übereignung des Teils die Herstellung eines Teilbriefs nicht unbedingt erforderlich. Dem Erfordernis der Briefübergabe (§ 1154) kann durch Übergabe des Stammbriefs oder durch Einräumung des Mitbesitzes (§ 866) an diesem genügt werden (**RG** 69, 39; 75, 222; RJA 2, 85; 6, 64; OLG 9, 314; 23, 213; 41, 37; § 1145 A 5; über die Erfordernisse der Einräumung des Mitbesitzes § 1154 A 3). Auch zur Eintragung der außerhalb des Grundbuchs vollzogenen Teilabtretung genügt die Vorlegung des Stammbriefs (RJA 2, 84; 3, 108; A 6). Über die Erfordernisse des Ersatzes der Übergabe des Briefs durch eine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 im Falle der Abtretung eines Teils einer Briefhypothek vgl. § 1154 A 3. Überträgt der Gläubiger einen Teil der Briefhypothek an einen anderen, so hat der Erwerber auch dann, wenn der Übertragung kein Kaufgeschäft zugrunde liegt (§§ 433, 437, 444), nach §§ 398, 401, 402, 1154 Abs 1, 1117, 1152 einen Anspruch darauf, daß ihm zur Verschaffung der Hypothek ein Teilhypothekenbrief von dem Übertragenden übergeben wird (**RG** 63, 424). Geht ein Teil einer Briefhypothek kraft Gesetzes auf einen anderen (den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten) über, so ist der Gläubiger nur verpflichtet zur Vorlegung des (Stamm-) Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt oder einen zuständigen Notar zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (§§ 896, 1145, 1150, 1167, 1168; **RG** 59, 318; 69, 36; 75, 222). Einen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes an dem (Stamm-) Brief hat der andere gegen den Gläubiger nicht (**RG** 69, 41; 75, 222; OLG 41, 37).

3. Soll eine Hypothek, bei der die **Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen** ist (Buchhypothek), zu einem abgesonderten Teil in eine Briefhypothek umgewandelt werden, so ist nach § 1116 Abs 3 die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie die Eintragung der Aufhebung der Briefausschließung erforderlich. Der demnächst hergestellte Brief ist kein Teilhypothekenbrief, sondern ein gewöhnlicher Hypothekenbrief, der gemäß §§ 56—58 GBO herzustellen ist (KGJ 39 A 274).

4. Die **Herstellung des Teilhypothekenbriefs** erfolgt gemäß § 61 GBO. Die im Abs 2 Satz 1 des § 61 vorgeschriebenen Erfordernisse, insbesondere die Bezeichnung als Teilhypothekenbrief und eine beglaubigte Abschrift der im § 56 Satz 2 GBO vorgesehenen Angaben des Stammhypothekenbriefs, sind zwingend. Ist diesen Erfordernissen nicht genügt, so ist der Teilhypothekenbrief ungültig und kann nicht hinsichtlich des abgetretenen Teils an die Stelle des Stammbriefs (A 6) treten (**RG** Warn 1912 Nr 291). Der Teilhypothekenbrief kann **für jeden Teil** hergestellt werden, also auch für Zinsen, sofern der Teil die Zinsforderung betrifft (**RG** 86, 219; s. jedoch bezüglich der Rückstände § 1159). Über die Sonderung der beglaubigten Abschrift des Stammbriefs von derjenigen der Schuldurkunde vgl. RJA 2, 141. Unzulässig ist die Erteilung eines mehrere Hypotheken umfassenden Briefs (§ 66 GBO), wenn sich unter den Hypotheken eine Teilhypothek befindet (RJA 1, 15).

5. Zur Herstellung des Teilhypothekenbriefs ist **nicht erforderlich die Zustimmung des Grundstückseigentümers,** da er auch gegen die Zerlegung der Forderung in selbständige Teile (§ 1151) nicht Widerspruch erheben kann. Dagegen ist die Zustimmung des Stammgläubigers erforderlich, weil sein Recht dadurch betroffen wird (RJA 2, 84).

6. Der **Teilhypothekenbrief tritt an die Stelle des Stammbriefs** derart, daß er als gewöhnlicher Hypothekenbrief **für die Teilhypothek** gilt und bei Verfügungen hierüber nur seine Übergabe (zur Übereignung) oder seine Vorlegung (zur Vornahme von Eintragungen), nicht auch die des Stammbriefs erforderlich ist. Wenn jedoch die durch Übergabe des Stammbriefs (A 2) oder des bereits hergestellten Teilbriefs außerhalb des Grundbuchs vollzogene Teilabtretung (**RG** 64, 312) oder der kraft Gesetzes eingetretene Teilübergang (**RG** 59, 318; 69, 38) im Grundbuch vermerkt werden soll, so muß gemäß §§ 42, 62 GBO sowohl der etwa bereits hergestellte Teilbrief als auch der Stammbrief vorgelegt werden, da durch diese Eintragung beide Teile der Hypothek betroffen werden (RJA 6, 63). Der eingereichte Stammbrief ist vom Grundbuchamt demjenigen zurückzugeben, der ihn im eigenen Namen vorgelegt hat; ist der Brief in fremdem Namen überreicht, so ist er demjenigen zurückzugeben, in dessen Namen er eingereicht ist (OLG 44 S. 161, 163).

§ 1153

Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über [1]).

Die Forderung kann nicht [2]) ohne die Hypothek [3]), die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden [4]).

E I 1086 II 1060; M 3 704ff.; P 3 585f.

1. Die **Übertragung der Forderung** hat den **Übergang der Hypothek** mit Notwendigkeit zur Folge, mag sie sich vollziehen auf Grund eines Vertrags (Abtretung: § 398) oder einer gerichtlichen Anordnung (Überweisung an Zahlungs Statt: §§ 835, 837 ZPO; Zuschlag in der gemäß § 844 ZPO angeordneten öffentlichen Versteigerung: KGJ 31 A 316; 33 A 269) oder kraft Gesetzes **RG** JW 1908, 33[8]; Fälle in § 1143 A 3; ferner z. B. Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft, (Erbfolge: §§ 1438, 1922). Rechtsgrundsätzlich kann der Gläubiger die Forderung und die Hypothek auch auf den Grundstückseigentümer und auf den persönlichen Schuldner übertragen. In solchen Fällen ist aber zu prüfen, ob nicht die Übertragung (durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefs) lediglich die beiderseits gewollte äußere Form für die in Wirklichkeit beabsichtigte Schuldtilgung bildet (**RG** HRR 1929 Nr 139). Die Vorschrift des § 1153 gilt für die Hypothek als zwingende Vorschrift neben der Bestimmung des nachgiebigen (dispositiven) Rechts im § 401 (und § 412), wonach Nebenrechte (z. B. auch Ansprüche auf Bestellung einer Hypothek oder eines Pfandes: **RG** Warn 1929 Nr 158) nur dann auf den neuen Gläubiger übergehen, wenn nichts anderes bestimmt ist (**RG** 85, 364; Warn 1917 Nr 145; RJA 12, 252). Der gesetzgeberische Grund für die hier gegebene zwingende Vorschrift ist, daß die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek ein in sich widerspruchsvoller Akt sein würde. Denn die lediglich zur Sicherung der Forderung dienende Hypothek kann nur dem jeweiligen Gläubiger zustehen; für den früheren Gläubiger würde sie ein inhaltloses und folglich nutzloses Recht sein (M 3, 706). Auf Grundschulden findet § 1153 keine Anwendung (§ 1191 A 1). Auch wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, geht sie bei der Abtretung der Forderung nicht ohne weiteres mit über. Denn sie gehört nicht zu den im § 401 genannten Nebenrechten, sondern besteht selbständig gegenüber der Forderung (RJA 12, 251). Auch auf Hypothekvormerkungen und auf die im Falle der Zwangsversteigerung an die Stelle der Hypotheken tretenden Rechte auf den Versteigerungserlös ist ihrer rechtlichen Natur nach (§ 883 A 8; § 1168 A 1) § 1153 unanwendbar. Für die Verpfändung einer hypothekarisch gesicherten Forderung dagegen gilt nach § 1274 sowohl Abs 1 wie Abs 2 des § 1153 ebenfalls (**RG** Warn 1918 Nr 56). Dasselbe gilt nach § 1069 für die Belastung einer Hypothek mit einem Nießbrauch (JFG 4, 416).

2. Aus den Worten **„kann nicht"** folgt: Werden Forderung und Hypothek nicht zusammen übertragen (wird z. B. erklärt, es werde nur die Forderung, nur die Hypothek übertragen: **RG** Warn 1917 Nr 145), so ist die Übertragung nichtig. Die Erklärung, daß „die Hypothek" abgetreten werde, wird aber in der Regel als Abtretung der Hypothek und der Forderung aufzufassen sein. Ist anderseits die Abtretung „der Forderung" unter Erwähnung der Hypothek (z. B. einer Anzahl Amortisationsraten einer Hypothek) erklärt, ohne daß die Beteiligten über das Schicksal der Hypothek etwas vereinbart haben, weil sie nicht daran dachten oder eine besondere Übereinkunft darüber nicht für erforderlich hielten, so tritt ohne weiteres die gesetzliche Folge des Abs 1 ein, also der Mitübergang auch der Hypothek (**RG** Warn 1917 Nr 145). Auf die Grundschuld, die von einer Forderung unabhängig ist, finden die Vorschriften des Abs 2 keine Anwendung (RJA 12, 252). Als Folge daraus, daß Forderung und Hypothek die gleichen rechtlichen Schicksale teilen, ergibt sich auch: Ist eine Forderung nach § 829 ZPO gepfändet und dann für sie eine (schon vorher bewilligte) Hypothek eingetragen, so ergreift das Pfändungspfandrecht auch die Hypothek, ohne daß es einer nochmaligen Pfändung gemäß § 830 ZPO bedarf (JFG 4, 413). Eine weitere Folge ist, daß im Falle der Aufwertung einer abgetretenen Hypothek für die Berechnung des dem Zessionar zustehenden Goldmarkbetrags (§§ 2, 3 AufwG) hinsichtlich der Hypothek und der Forderung der Zeitpunkt seines Erwerbs maßgebend ist (**RG** 117, 436). Daneben findet aber unter Umständen auch zugunsten des Zedenten eine Aufwertung der Hypothek und der Forderung nach dem Zeitpunkt seines Erwerbs statt (§ 17). Eine gewisse Durchbrechung hat der Grundsatz des § 1153 Abs. 2 BGB durch § 10 AufwG erfahren. Wird die persönliche Forderung höher aufgewertet als die Hypothek, so kann der Gläubiger die persönliche Forderung, soweit sie den Aufwertungsbetrag der Hypothek übersteigt, vom Schicksal der Hypothek trennen (**RG** HRR 1929 Nr 2081).

3. Will der Gläubiger die **Forderung ohne die Hypothek** übertragen, so muß er zuvor auf die Hypothek verzichten (§ 1168; **RG** 45, 186) oder sie durch Einigung mit dem Eigentümer in eine Grundschuld umwandeln (§ 1198). Bei der Höchstbetragshypothek ist nach § 1190 Abs 4 ausnahmsweise die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek zulässig.

4. Die Übertragung der **Hypothek ohne die Forderung** kann dadurch ermöglicht werden, daß der Hypothek bei ihrer Übertragung eine andere Forderung gemäß § 1180 untergelegt wird (**RG** 35, 242; 45, 187). Ferner geht in verschiedenen Fällen (§ 1143 A 3), namentlich wenn die Forderung erlischt, die Hypothek allein zwar nicht als solche, aber als Grundschuld kraft Gesetzes auf den Eigentümer über. Weiter gibt es (bei der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner; bei der Gesamthypothek) Fälle, in denen die Hypothek ohne die Forderung als Hypothek für eine Ersatzforderung auf einen anderen kraft Gesetzes übergeht (§§ 1164, 1173 Abs 2, 1174, 1182).

§ 1154

Zur Abtretung der Forderung [1]) ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form [2]) und Übergabe des Hypothekenbriefs [3]) erforderlich [4]); die Vorschriften des § 1117 finden Anwendung [3]). Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen [5]).

Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird [6]).

Ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§ 873, 878 entsprechende Anwendung [7]).

E I 1087, 1112 II 1061; M 3 705, 707ff., 748ff.; P 3 586f., 647ff., 713ff.; 6 249f.

1. Die **Abtretung der Hypothekenforderung** bewirkt nach § 1153 Abs 1 den Übergang auch der Hypothek. Die Hypothekenforderung ist zwar schuldrechtlicher Natur, ihre Abtretung kann aber nur in den durch § 1154 vorgeschriebenen Formen (OLG 26, 153) und gemäß § 1153 Abs 2 nicht ohne gleichzeitige Übertragung der Hypothek erfolgen. Die Abtretung ist gemäß § 398 ein Vertrag, der die Übertragung des Gläubigerrechts des bisherigen Gläubigers auf den neuen Gläubiger zum Gegenstande hat (RG 54, 147; RJA 6, 67). § 1154 setzt an sich voraus, daß die abgetretene Forderung besteht. Indessen kann beim Nichtbestehen der Forderung der Abtretungsempfänger durch die §§ 892, 1138 gegen Einwendungen des Eigentümers aus der Nichtentstehung der Forderung in der dinglichen Rechtsstellung geschützt sein. Hat z. B. A an seinem Grundstück für B eine Darlehnshypothek bestellt mit der Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 und hat demnächst B nach Eintragung der Hypothek und Bildung des Hypothekenbriefs, aber ohne Hingabe des Darlehns an A, die Hypothek gemäß § 1154 durch schriftliche, öffentlich beglaubigte (§ 1155) Abtretungserklärung und durch die Vereinbarung, daß der Abtretungsempfänger sich den noch nicht an B ausgehändigten Brief vom Grundbuchamt aushändigen lassen solle, an den in Ansehung der Nichthingabe des Darlehns gutgläubigen C abgetreten, so hat C das dingliche Gläubigerrecht wirksam erlangt und ist gegen einen Grundbuchberichtigungsanspruch des A aus § 894 gesichert (RG 137, 95; § 1138 A 1, 3 b). Das für den Abtretungsvertrag begrifflich wesentliche Erfordernis, daß der alte Gläubiger aus dem Schuldverhältnis ausscheiden (RG 128, 132) und an seine Stelle der neue Gläubiger treten soll, ist nicht gegeben, wenn der *Abtretende* vereinbarungsgemäß *berechtigt bleiben* soll, im eigenen Namen die *Forderung* von dem Schuldner *einzuziehen*. Denn der wesentliche Inhalt des Gläubigerrechts besteht darin, daß der Gläubiger befugt ist, die dem Schuldverhältnis entsprechende Leistung vom Schuldner im eigenen Namen zu fordern (RG 90, 276; JW 1905, 718[8]; 1914, 528[6]; 1916, 959[3]; Warn 1911 Nr 14). Dieser Grundsatz gilt aber nur dann, wenn das Recht zur Einziehung in eigenem Namen auf den Abtretungsempfänger überhaupt nicht übergehen, sondern dauernd und bedingungslos bei dem bisherigen Gläubiger verbleiben soll. Dagegen ist bei der Forderungsabtretung die Setzung einer *Zeitbestimmung* oder einer *Bedingung* zulässig. Daher steht es der Wirksamkeit der Abtretung nicht entgegen, wenn vereinbart wird, daß dem Abtretenden nur noch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zum Eintritt einer Bedingung das Recht zur Einziehung in eigenem Namen zustehen soll (RG 90, 276; JW 1905, 718[8]; 1914, 528[6]; 1916, 959[3]; KG J 49, 207; OLG 41, 177). Hat der Abtretende in der Abtretungsurkunde erklärt, daß er die Hypothek an den Abtretungsempfänger zum Eigentum abtrete, sollten jedoch nach getroffener Vereinbarung in Wirklichkeit die Gläubigerrechte an der Hypothek (Hypothekenforderung) auf den Abtretungsempfänger nicht übergehen, so liegt eine *Abtretung nur zum Schein* (§ 117) vor. Der Abtretungsempfänger erwirbt also die Hypothek auch dann nicht, wenn der Abtretende dem Abtretungsempfänger den Hypothekenbrief übergibt. Wenn aber demnächst der Abtretungsempfänger die Briefhypothek seinerseits durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefs an einen Dritten abtritt, so muß nach den Rechtsgedanken, die sich aus den Vorschriften der §§ 172, 405, 409 über die Wirkungen der Aushändigung von Vollmachtsurkunden, Schuldscheinen und Abtretungsurkunden ergeben, dem ursprünglichen Gläubiger versagt werden, sich dem Dritten gegenüber darauf zu berufen, daß er die Hypothek in Wirklichkeit nur zum Schein an den ersten Abtretungsempfänger abgetreten habe und die Hypothek daher ihm noch gehöre. Nur dann wäre dieser Einwand zulässig, wenn der Dritte bei seinem Erwerb die Scheinnatur der ersten Abtretung gekannt hat oder hätte kennen müssen (RG 90, 278; auch 81, 260). — Der Abtretungsvertrag ist ein für sich selbst bestehender, in seiner rechtlichen Wirkung von der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts, in dem er seine Veranlassung fand, unabhängiger (*abstrakter*) *Vertrag*, der unmittelbar eine Rechtsänderung in bezug auf die Hypothek zum Gegenstande hat (RG JW 1911, 653[25]). Auch bei der *Abtretung* der Hypothek *zu Sicherungszwecken* (fiduziarische

Abtretung) wird der Erwerber Inhaber der Hypothek und zur Verfügung darüber befugt (RG Gruch 50, 990; OLG 45, 273; auch RG 90, 249). Im Verhältnisse zum Abtretenden bedarf er allerdings zu Verfügungen dessen Zustimmung (RG JW 1901, 181). Er tritt zu diesem in ein Treuverhältnis, das ihn nach den Grundsätzen des Auftrags (§§ 662 ff.) verpflichtet, das Interesse des Abtretenden wahrzunehmen, namentlich hinsichtlich der ordnungsmäßigen Beitreibung, auch bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks (RG 59, 190; 76, 347; JW 1911, 953[30]). Nach seiner Befriedigung hat er den überschießenden Erlös an den Abtretenden herauszugeben (RG 59, 192) und im Falle der Tilgung der gesicherten Forderung die Hypothek zurückzuübertragen (RG JW 1906, 545[10]; OLG 45, 273). Nur unter besonderen Umständen kann in dem Falle der Sicherungsabtretung angenommen werden, daß der Sicherungsnehmer nicht bloß schuldrechtlich zur Rückübertragung der Hypothek nach Beendigung des Sicherungsverhältnisses verpflichtet ist, sondern daß die Sicherungsabtretung durch den Fortfall des Sicherungsverhältnisses auflösend bedingt ist und deshalb mit dem Eintritt dieser Bedingung ihre dingliche Wirkung verliert (RG HRR 1930 Nr 2145). Die Eingehung der Verpflichtung zur Abtretung einer Hypothek fällt nicht unter § 1154. Sie bedarf auch bei einer Briefhypothek keiner Form (RG 54, 148; Warn 1908 Nr 505), verpflichtet zur Verschaffung der Hypothek (RG 63, 423; 65, 62; OLG 12, 133; vgl. für den Fall der Abtretung eines Briefhypothekenteils § 1152 A 2) und begründet auch die Klage auf formgerechte Beurkundung der Abtretung (RG 54, 146; 63, 321; Warn 1908 Nr 505). — Ferner findet § 1154 auf die Übertragung kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung keine Anwendung. Jedoch vollzieht sich die Pfändung und Überweisung einer Hypothekenforderung nach §§ 830, 837 ZPO in ähnlicher Weise. An die Stelle der Abtretungserklärung tritt die Überweisung an Zahlungs Statt (§ 835 ZPO). Nur diese, nicht auch die Überweisung zur Einziehung ist eintragbar (KGJ 26 A 302; 28 A 137; 33 A 274). Die Überweisung setzt eine wirksam gewordene Pfändung voraus (KGJ 28 A 136). Dazu ist bei der Briefhypothek die Übergabe des Briefs, bei der Buchhypothek die Eintragung der Pfändung erforderlich. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner genügt nicht (RG Warn 1909 Nr 434; KGJ 35 A 298), ebensowenig bei der Briefhypothek die Eintragung der Pfändung (KGJ 35 A 299), es sei denn, daß der Gläubiger bereits im Besitz des Briefs ist (OLG 9, 129). Über die Erwirkung der Übergabe des Briefs vgl. RG 59, 318; 63, 217; 74, 83; Gruch 50, 1110; 54, 1023; OLG 11, 112; 13, 223; 16, 308. Im Falle einer gemäß § 844 ZPO angeordneten öffentlichen Versteigerung einer Briefhypothek wird diese durch den Zuschlag nebst Briefübergabe auf den Ersteher übertragen (KGJ 31 A 316; 33 A 269). Pfändung und Überweisung einer Grundschuld oder Rentenschuld folgen nach § 857 Abs 6 ZPO den gleichen Regeln. Sie gelten auch dann, wenn es sich um eine Eigentümergrundschuld handelt (RG 55, 378; 56, 13; 56, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279; JW 1905, 81[22]). Wird das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns, dem eine Geschäftshypothek gehört, mit der Firma auf einen anderen übertragen, so wird die Hypothek nicht gemäß § 25 Abs 1 Satz 2 HGB, der sich nur auf Forderungen bezieht, die durch formlosen Vertrag übertragen werden können, auf den andern übertragen, sondern nur durch Abtretung nach § 1154 (OLG 45, 204). — Weiter gelten selbst für die Abtretung die Vorschriften des § 1154 nicht ohne Ausnahmen. Solche Ausnahmen finden sich insbesondere in den §§ 1159 (Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen, Kosten), 1187 Satz 3 (Sicherungshypothek für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder aus Orderpapieren), 1190 Abs 4 (Höchstbetragshypothek), 1195 (Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs). — Ist die Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld: §§ 1192, 1200) durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen (§§ 52, 91 ZVG), so ist der an ihre Stelle tretende Anspruch auf den Versteigerungserlös nach dem Zuschlag (nicht auch schon vorher: RG 70, 278; 125, 367; HRR 1932 Nr 156; 1933 Nr 306; SeuffA 86 Nr 10) gemäß den für ein Forderungsrecht geltenden Vorschriften (§§ 398 ff., ZPO § 829) zu übertragen oder zu pfänden (RG 55, 264; 63, 216; 64, 216; 64, 311; 70, 278; 78, 62). Wegen der Pfändung einer Eigentümergrundschuld nach dem Zuschlag vgl. § 1163 A 3. — Anderseits finden die Vorschriften des § 1154 nach §§ 1069, 1274, 1291 auch auf die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einer Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld in der Weise Anwendung, daß statt der Abtretung die Bestellung des Nießbrauchs oder die Verpfändung zu erklären ist (RG Gruch 49, 101; Warn 1930 Nr 163; RJA 12, 262; OLG 29, 377). Nur die Vorschrift des § 1117 Abs 1 Satz 2 bezüglich der Briefübergabe wird bei der Verpfändung durch die §§ 1205, 1206 ersetzt (RG 68, 278; 79, 306; 85, 434). Die schriftliche Verpfändungserklärung muß die gesicherte Forderung angeben (RG 136, 424), ist aber natürlich sowohl in diesem als auch in anderen Punkten auslegungsfähig (RG 136, 424; Warn 1932 Nr 137). Die Begründung eines Nießbrauchs an einer Briefhypothek kann auch mit der Übertragung der Hypothek an einen andern in der Weise verbunden werden, daß der Gläubiger die Hypothek unter Ausschluß der den Inhalt des Nießbrauchs ausmachenden Befugnisse an den andern abtritt. Hierzu ist erforderlich, daß die Erklärung der Abtretung des beschränkten Gläubigerrechts in schriftlicher Form erteilt wird (A 2) und die Übergabe des Hypothekenbriefs an den neuen Gläubiger erfolgt. Für diese Übergabe gelten die Vorschriften des § 1117 (RG Warn 1920 Nr 111; OLG 41, 177). Die Übergabe kann

daher insbesondere durch eine zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger getroffene Vereinbarung ersetzt werden, daß der bisherige Gläubiger als künftiger Nießbraucher im Besitz des Hypothekenbriefs verbleiben soll (§§ 1154 Abs 1 Satz 1, 1117 Abs 1 Satz 2, 868; A 3). Solange eine Übergabe oder eine sie ersetzende Vereinbarung nicht stattgefunden hat, tritt auf Grund der Abtretungserklärung oder der Eintragung in das Grundbuch allein keine dingliche Änderung der Rechtslage ein, verbleibt vielmehr dem bisherigen Gläubiger das volle uneingeschränkte Gläubigerrecht (RG Warn 1920 Nr 111). Ferner gilt § 1154 auch für die Abtretung einer Eigentümerhypothek oder einer Eigentümergrundschuld (RG JW 1907 S. 12[14], 711[14]; A 3 a. E. und § 1163 A 3). Über Abtretung, Belastung, Pfändung einer Gesamthypothek vgl. § 1132 A 1, über Abtretung von Hypothekenzinsen und über die Zulässigkeit der Abtretung des Zinsrechts § 1158 A 3. — Wird eine Forderung, für welche die Eintragung einer Briefhypothek bewilligt ist, vor Eintragung der Hypothek abgetreten, so erwirbt der Abtretungsempfänger, wie überhaupt die Abtretung eines künftigen Rechts erst mit dessen Entstehung wirksam wird (RG 67, 166; 74, 418), eine Hypothek erst nach Eintragung der Hypothek und Übergabe (oder Ersatz der Übergabe) des hergestellten Hypothekenbriefs (RG 74, 416). Der Abtretende wird mangels einer Eintragung der Hypothek für ihn überhaupt nicht Hypothekengläubiger. Deshalb muß z. B. auch die Frage verneint werden, ob er für sich nach § 17 AufwG neben dem Abtretungsempfänger eine Aufwertung verlangen kann (RG 128, 130). — Der vereinbarte Ausschluß der Abtretungsbefugnis (§ 399) ist eintragungsfähig, da keine Verfügungsbeschränkung (§ 137), sondern eine Bestimmung des Inhalts der Forderung in Frage steht (KGJ 29 A 246). — Der Erbe des Hypothekengläubigers braucht sich, wenn er einen Teilbetrag der ererbten Hypothek abtritt, nicht zuerst selbst als Gläubiger eintragen zu lassen (§ 41 GBO), und zwar auch dann nicht, wenn er dabei das Rangverhältnis des Teilbetrags vor dem Rest bestimmt (JFG 7, 372). — Eine gelöschte, aber nach § 14 (kraft Vorbehalts) oder § 15 (kraft Rückwirkung) AufwG aufwertungsfähige Hypothek kann nach allgemeinen Grundsätzen abgetreten werden. Ist sie daher ein Buchrecht, so ist die Übertragung erst nach der (gemäß § 20 AufwG erfolgten) Wiedereintragung möglich. Ist aber über die Aufwertungshypothek ein neuer Brief zu bilden, so kann sie schon vor der Wiedereintragung in den Formen der §§ 1154, 1117 (also durch schriftliche Abtretungserklärung und die Vereinbarung, daß der neue Gläubiger sich den zu bildenden Brief vom Grundbuchamt aushändigen lassen solle) abgetreten werden (RG 120, 234; JW 1928, 1347[4], 1354[11], 1818[40]; HRR 1931 Nr 738).

2. Während sonst die Forderungsabtretung keiner Form bedarf, ist im § 1154 für die Briefhypothek (für die Buchhypothek vgl. Abs 3) zur Abtretung der Forderung die **Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form** (§ 126 Abs 1) erfordert. Dagegen bedarf die zur Übertragung ferner erforderliche Annahmeerklärung des anderen Vertragsteils (A 1; §§ 145 ff.) auch hier nicht der Schriftform (RG 68, 409; 136, 424; RJA 6, 66). Sie kann vielmehr auch stillschweigend (z. B. dadurch, daß nach Umschreibung der Hypothek der Brief angenommen wird) erfolgen (RG JW 1913, 205[18]). Aus den Worten „Erteilung der Abtretungserklärung" ist nicht zu schließen, daß die §§ 158, 163 auf die Hypothek unanwendbar seien. Da keine gesetzliche Bestimmung (wie z. B. bei der Aufrechnung, der Auflassung) entgegensteht, kann die Abtretung auch unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder mit einem Anfangs- oder Endtermin erfolgen (RG JW 1912, 681[3]). Möglich ist z. B. auch eine Abtretung an A unter der auflösenden Bedingung des Aufhörens seines Gläubigerrechts bei Eintritt einer ungewissen Tatsache und zugleich an B unter der aufschiebenden Bedingung des Aufhörens des Gläubigerrechts des A (KGJ 49, 210). Bei dem Eintritt einer beigefügten aufschiebenden Bedingung wird die Abtretung endgültig wirksam mit der Folge, daß damit auch die Hypothek übergeht, wenn der Hypothekenbrief übergeben ist (RG Warn 1928 Nr 145). — „Erteilt" ist die Abtretungserklärung noch nicht mit der unterschriftlichen Vollziehung der Urkunde. Anderseits ist hier ebenso wie bei der in den §§ 368, 761, 766, 780, 781, 798 vorgesehenen Erteilung einer Erklärung in schriftlicher Form die Aushändigung der Urkunde nicht unbedingt notwendig. Auch eine sonstige, die Einräumung der Verfügung darüber enthaltende Entäußerung kann genügen (RG Gruch 51, 181; 62, 623; auch OLG 18, 174; JW 1927, 460[1]; vgl. über „Erteilung" einer Löschungsbewilligung an den Grundstückseigentümer RG 116, 346). Wenn der bisherige Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe, der ihm gegen einen im Besitz der von ihm ausgestellten Abtretungserklärung befindlichen Dritten (z. B. Notar) zusteht, an den Erwerber abtritt, so ist nach § 931 die Abtretungserklärung erteilt (RG Warn 1928 Nr 145). Wird eine Briefhypothek mehrmals nacheinander abgetreten, ohne daß eine Umschreibung im Grundbuch erfolgt, so ist nicht erforderlich, daß dem späteren Erwerber außer der von seinem unmittelbaren Vormann ausgestellten Abtretungserklärung auch die den früheren Erwerbern erteilten Abtretungsurkunden übergeben werden. Die früheren Zessionare hatten durch die ihnen erteilten Abtretungsurkunden die Hypothek erworben und waren daher zur Verfügung über die Hypothek berechtigt. Die früheren Abtretungsurkunden kommen nur als Beweismittel dafür in Betracht, daß die Hypothek durch aufeinanderfolgende Zessionen rechtswirksam auf den letzten Zessionar gediehen ist (RG Gruch 62, 621). Will der letzte Zessionar allerdings die Hypothek im Grundbuch für sich umschreiben lassen, so muß er

sein Gläubigerrecht dem Grundbuchamt durch Vorlegung aller Abtretungsurkunden, und zwar in der Form des § 29 GBO, nachweisen (RG 126, 170). Jedoch betrifft dies lediglich das formelle Grundbuchrecht, wie auch § 29 GBO nur eine Ordnungsvorschrift ist (RG Gruch 62, 624). Übrigens müßte das Grundbuchamt zum Nachweise auch beglaubigte Abschriften der formgerechten Zessionsurkunden genügen lassen, da es sich nicht, wie z. B. bei einer Vollmacht, um Ausweis- (Legitimations-) Urkunden handelt. — Da die Abtretung einen Vertrag zwischen bestimmten Personen voraussetzt, ist eine Abtretungserklärung (auch bei einer Grundschuld: § 1192), in der der Name des neuen Gläubigers offengelassen wird (Blankoabtretung), rechtsunwirksam (Prot 3, 651 ff.; RG 63, 230; über nachträgliche Ausfüllung vgl. unten). Dagegen ist die Verpfändung einer Briefhypothek oder -grundschuld durch schriftliche Erklärung ohne Nennung des Pfandgläubigers (Blankoverpfändung) wirksam, wenn demnächst die Urkunde und der Hypotheken- oder Grundschuldbrief einem Gläubiger zwecks Pfandbestellung übergeben werden. Denn die Nennung des Namens des Pfandgläubigers ist hier, wo die Hypothek oder die Grundschuld nach wie vor für einen bestimmten Gläubiger im Grundbuch und im Brief eingetragen bleibt, nicht so wesentlich, daß die Schriftform nach § 126 als nicht gewahrt zu gelten hätte (RG 78, 30; 4. 3. 1908 V 163/07). Auf diesen Grundsatz und weiter darauf sich stützend, daß nach §§ 1154, 1274 auf „Erteilung" der Verpfändungserklärung besonderes Gewicht zu legen sei, hat das Reichsgericht es für zulässig erklärt, daß die Verpfändung einer Briefhypothek oder -grundschuld mittels Benutzung einer alten, inzwischen ungültig gewordenen Verpfändungsurkunde auch ohne Änderung des früheren Datums erfolge, wenn der Pfandschuldner und der Pfandgläubiger dieselben Personen geblieben seien, der Inhalt der Urkunde auch für die zweite Verpfändung passe und der Pfandgläubiger die vorher zurückgegebene Urkunde nun mit dem Brief wiedererhalte (RG 78, 26). Um eine Blankoabtretung im eigentlichen Sinne handelt es sich nicht, wenn der Hypothekengläubiger eine Abtretungsurkunde, in der nur der Name des neuen Gläubigers unausgefüllt geblieben ist, einem anderen mit der Ermächtigung aushändigt, über die Hypothek frei zu verfügen (RG 81, 261). Hierin liegt die im voraus erteilte Einwilligung (§ 185) in die von dem anderen zu treffende Verfügung (RG HRR 1930 Nr 783). Zwar richtet sich die Ermächtigung nicht an einen bestimmten Dritten, wohl aber an jeden, mit dem der andere nach seiner Entschließung demnächst in Verhandlung treten und abschließen möchte (§ 171). Vereinbart nun der andere einen Abtretungsvertrag mit einem Dritten als Abtretungsempfänger und füllt er die Abtretungsurkunde durch Einsetzung des Namens des Dritten aus, so kommt ein rechtswirksamer Abtretungsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Dritten mit schriftlicher Abtretungserklärung zustande (RG 81, 260; Gruch 60, 325). Eine solche Ermächtigung kann im Falle einer Briefhypothek (Briefgrundschuld) ohne weiteres darin gefunden werden, daß der Gläubiger dem anderen außer der vorbezeichneten Abtretungsurkunde auch noch den Brief aushändigt (RG aaO.). Neuerdings ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts dazu übergegangen, abweichend von den in RG 63, 234, JW 1928, 174[30] vertretenen strengen Grundsätzen bei Blankoabtretungen, die nachträglich vom Abtretungsempfänger befugt, d. h. mit Ermächtigung des Abtretenden, ausgefüllt worden sind, die Rechtswirksamkeit vom Zeitpunkt der Ausfüllung an allgemein zu bejahen (RG JW 1930, 61[9] und 3481[9]; Gruch 71, 282; vgl. auch bereits RG Recht 1915 Nr 892). — Die Abtretungserklärung wird durch rechtskräftige Verurteilung zu ihrer Abgabe gemäß § 894 ZPO ersetzt. Die Eintragung der Abtretung ist nicht (wie bei der Buchhypothek: Abs 3) erforderlich (RG JW 1907, 711[19]). Sie kann auch nicht durch Parteiabrede entgegen § 1154 neben Abtretungserklärung und Briefübergabe als weiteres Erfordernis für den Hypothekübergang aufgestellt werden (RG Gruch 51, 183). Nach Abs 2 bildet aber die Eintragung einen Ersatz für die schriftliche Abtretungserklärung. — Wenn einen zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Briefhypothek der frühere Eigentümer an seinen Besitznachfolger, darauf dieser an seinen Besitznachfolger abtritt und dann der letztere die Teilgrundschuld (unter Umwandlung in eine Hypothek: § 1198) an den Hypothekengläubiger überträgt, so kann in den beiden ersteren Abtretungserklärungen eine Genehmigung (§ 185 Abs 1) zur Verfügung über die Teilgrundschuld gefunden werden (RJA 11, 292). — Soll eine abgetretene Hypothek an den ursprünglichen Gläubiger zurückübertragen werden, so genügt nicht die Rückgabe der Abtretungsurkunde, sondern es bedarf wiederum einer schriftlichen Abtretung (OLG 35, 11). — Die Aufwertung abgetretener Hypotheken (Grundschulden, Rentenschulden) ist in den §§ 17, 21, 22, 31 AufwG geregelt. Auf Einzelheiten dieser Regelung, die viele schwierige Zweifelsfragen herbeigeführt hat, kann hier nicht eingegangen werden.

3. Übergabe des Hypothekenbriefs durch den Abtretenden ist zum Erwerb der Hypothek erforderlich. Besitzerwerb allein genügt nicht. Der Erwerber muß den Besitz an dem Brief mit dem Willen des sich des Besitzes zu seinen Gunsten entschlagenden Abtretenden erlangen (OLG 26, 134). Über die Übergabe des Hypothekenbriefs und die **Anwendung der Vorschriften des § 1117** vgl. § 1117 A 3, 4, 5. Hervorzuheben ist hier: Bei der Abtretung der ganzen Hypothek ersetzt die Einräumung des Mitbesitzes an dem Brief nicht die Übergabe des Briefs (RG JW 1928, 2783[2]; 1. 10. 1930 V 9/30; anders bei der Teilabtretung, über die Näheres unten gesagt wird). Wohl aber wird die körperliche Übergabe von dem bisherigen an den neuen Gläubiger gemäß

§ 1117 Abs 1, 2 ersetzt durch: **Einigung über den Übergang,** wenn der neue Gläubiger den Brief bereits besitzt (§ 929 Satz 2), z. B. wenn der Eigentümer einen zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Briefhypothek unter Umwandlung in eine Hypothek (§ 1198) wieder an den Gläubiger abtritt (RJA 11, 292); **Erlangung des mittelbaren Besitzes** seitens des Erwerbers auf Grund der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses (§§ 930, 868; über Abtretung unter Vorbehalt des Nießbrauchs: A 1); **Abtretung des Herausgabeanspruchs** gegen den besitzenden Dritten (dem z. B. die Briefhypothek unter Übergabe des Briefs verpfändet worden ist: § 931), ein Rechtsgeschäft, das auch durch schlüssige Handlungen, möglicherweise sogar schon durch die Abtretung der Forderung allein, stillschweigend erklärt sein kann (RG 7. 5. 1930 V 271/29), auch in der Bewilligung der Aushändigung der „Schuldurkunde" an den neuen Erwerber liegen kann (RG 54, 111; 65, 63; 85, 433; Warn 1928 Nr 145); **Vereinbarung,** daß der neue Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs 2). Im letzteren Falle kann die Vereinbarung auch in der Weise zustandekommen, daß die von dem Zedenten dem Zessionar übersandte Abtretungsurkunde, welche die Erklärung des Zedenten enthält, daß der Hypothekenbrief vom Grundbuchamt dem Zessionar ausgehändigt werden solle, von dem Zessionar mit dem Antrag auf Umschreibung der Briefhypothek auf seinen Namen dem Grundbuchamt eingereicht wird. Die hierin liegende Annahme des Angebots auf Übertragung der Hypothek einschließlich der Erklärung des Zedenten über die Aushändigung des Hypothekenbriefs braucht gemäß § 151 nicht gegenüber dem Zedenten erklärt zu werden, da eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist (RG 93, 250). Zum Übergang der Briefhypothek ist aber erforderlich, daß das Grundbuchamt die Verfügungsmacht über den Brief erlangt hat. Denn die Vereinbarung soll dem neuen Gläubiger den mittelbaren Besitz an dem im unmittelbaren Besitz des Grundbuchamts befindlichen Brief verschaffen und der Abtretende dadurch, daß er den Brief aus den Händen gegeben hat, an einer nochmaligen Abtretung gehindert sein (Prot 3, 729; RG 64, 313; 65, 64; 66, 210; 69, 43; 84, 315; Warn 1912 Nr 291; OLG 18, 175; 35, 337). Es genügt aber auch eine Vereinbarung im voraus, wenn demnächst der Brief eingereicht oder, falls ein solcher (wie z. B. bei der Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek oder bei der Kraftloserklärung des abhanden gekommenen Briefs) noch nicht vorhanden ist, vom Grundbuchamt hergestellt wird (RG 66, 210; KGJ 40, 281; 45, 299; OLG 44, 315; 45, 282). Im letzteren Falle braucht der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt noch nicht fertig vorzuliegen; es genügt zur Anweisung auf den Besitz, daß sie erfolgen kann und erfolgen muß (RG 66, 206; 84, 316). Deshalb konnte auch die gelöschte, aber wiedereinzutragende Aufwertungshypothek von mehr als 500 GM (DurchfVO z. AufwG 29. 11. 1925 Art 6) schon vor der Wiedereintragung durch schriftliche Abtretungserklärung und die Vereinbarung, daß der neu zu bildende Brief vom Grundbuchamt dem Abtretungsempfänger auszuhändigen sei, übertragen werden (RG HRR 1928 Nr 1419). Geschieht die Einreichung oder die Herstellung des Briefs, so gilt rückwirkend der Brief als bereits mit der Aushändigungsvereinbarung übergeben. Denn diese Vereinbarung ist in § 1117, auf den § 1154 verweist, der Übergabe gleichgestellt (OLG 45, 282). Ist ein abhanden gekommener Hypothekenbrief durch Ausschlußurteil (§ 1017 ZPO) für kraftlos erklärt (§ 1162 BGB), so genügt die Vorlegung des Ausschlußurteils beim Grundbuchamt mit dem Antrag auf Bildung eines neuen Hypothekenbriefs. Denn dadurch ist nach § 67 GBO die Bildung eines neuen Hypothekenbriefs gewährleistet, und die Vereinbarung über die Aushändigung des Briefs hat einen bestimmten, auf diesen Brief sich beziehenden Inhalt (RG 84, 316; KGJ 45, 299). Wenn dagegen zwar das Aufgebotsverfahren eingeleitet, aber ein Ausschlußurteil noch nicht erlassen ist, hat eine Vereinbarung, daß der Hypothekerwerber berechtigt sein solle, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, nicht die Wirkung des Übergabeersatzes. Denn bis zum Erlasse des Ausschlußurteils gilt der alte Hypothekenbrief als noch vorhanden, und hinsichtlich des neu zu bildenden, auszuhändigenden Briefs fehlt es an dem unmittelbaren Besitz des Grundbuchamts, wenn das Grundbuchamt einen solchen Brief überhaupt noch nicht bilden kann (RG 84, 314). Aber die Aushändigung des Briefs an den neuen Gläubiger kann zum Erwerb der Hypothek nach dem Willen des Gesetzes nicht erforderlich sein, da sonst die Bestimmung über den Ersatz der körperlichen Übergabe durch Besitzanweisung überflüssig wäre (RG 66, 206; 74, 418; KGJ 25 A 153; 26 A 95). Ebensowenig ist für den Zeitpunkt des Erwerbs die etwa hinzutretende Eintragung der Abtretung maßgebend (KGJ 35 A 287). Ist neben der Abtretung die Vereinbarung im voraus getroffen und der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt, das ihn gemäß der Vereinbarung aushändigen soll, eingereicht worden, so ist der Übergang der Hypothek auf den Erwerber bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung erfolgt, da die Vereinbarung durch § 1154 Abs 1 Satz 1 der Übergabe des Briefs gleichgestellt ist (RG Warn 1912 Nr 291). Hierfür ist allerdings, da zu der Vereinbarung eine der Übergabe des Briefs gleichstehende Sachlage hinzukommen muß und die Übergabe von dem Abtretenden durch Übertragung des Besitzes zu bewirken ist, Voraussetzung, daß der Brief von dem Abtretenden oder doch mit seinem Willen dem Grundbuchamt eingereicht ist (RG Warn 1912 Nr 291; JW 1925, 1125[2]). Die Vereinbarung kann von dem Abtretenden nicht einseitig widerrufen werden (RG 93, 251; Warn 1912 Nr 291). Wohl aber kann er, wenn er den Erwerber zur Einreichung des Briefs

ermächtigt hat, diese Ermächtigung gemäß § 168 widerrufen. Diese Widerrufsmöglichkeit besteht aber nur bis zur Einreichung des Briefs, da mit der Einreichung die Hypothek auf den Erwerber übergegangen ist (RG Warn 1912 Nr 291). Ist der neue Gläubiger im Besitz des Briefs, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei (§ 1117 Abs 3; KGJ 40, 281). Wenn der bisherige Gläubiger zur Abtretung verurteilt ist (A 2), gilt nach § 897 ZPO die Übergabe des Briefs als erfolgt, sobald der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den neuen Gläubiger wegnimmt. — Im Falle der Teilabtretung ist Herstellung und Übergabe eines Teilbriefs zum Erwerb der Hypothek nicht notwendig (vgl. § 1152, der für den Fall der Teilung der Hypothekenforderung die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs nur für zulässig erklärt, aber nicht vorschreibt). Vielmehr genügt auch die Übergabe des Stammbriefs oder die Einräumung des Mitbesitzes (§ 866) daran (RG 69, 39; 75, 222; RJA 2, 85; 6, 64; OLG 9, 314; 23, 213; 26, 134). Die Einräumung des Mitbesitzes erfordert im Falle des unmittelbaren Besitzes des Abtretenden eine gemeinsame Vereinbarung des Abtretenden und des Erwerbers mit einem zu bestellenden Treuhänder unter Übergabe des Briefs an ihn, im Falle des unmittelbaren Besitzes eines Dritten auf Grund eines der in § 868 bezeichneten Verhältnisse (z. B. auf Grund Verpfändung, Verwahrung) außer einer Vereinbarung zwischen dem Abtretenden und dem Erwerber über den Mitbesitz eine Willenskundgebung des ersteren gegenüber dem unmittelbaren Besitzer, daß dieser den Brief nur an ihn und den Erwerber gemeinschaftlich herausgeben dürfe (RG 85, 439; a. M. OLG 26, 134, wonach die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Dritten, soweit dieses für die Abzweigung der Teilhypothek nötig sei, genügen soll, weil danach der Erwerber nach Maßgabe des zwischen ihm und dem Abtretenden bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses berechtigt sei, über den Brief für sich zu verfügen). Wenn aber der Stammbrief dem Abtretungsempfänger nur vorübergehend in die Hand gegeben und sogleich zurückgenommen wird, liegt eine Übergabe nicht vor (RG 75, 223; KGJ 21 A 332; 30 A 238; OLG 9, 314). Eine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 genügt auch hier für sich allein nicht. Vielmehr muß zum mindesten noch die tatsächliche Einreichung des über die ganze Post gebildeten Hypothekenbriefs beim Grundbuchamt hinzukommen (RG 64, 312; 65, 64; 69, 43). Die Einreichung muß durch den Abtretenden oder mit seinem Willen durch einen anderen zwecks Herstellung des an den Erwerber auszuhändigenden Teilhypothekenbriefs bewirkt sein (RG Warn 1912 Nr 291). — Beantragt der neue Gläubiger unter Vorlegung der Abtretungserklärung und des Briefs beim Grundbuchamt die Umschreibung, so braucht er (nach § 26 GBO) nicht nachzuweisen, daß er den Brief vom bisherigen Gläubiger übergeben erhalten hat (RJA 7, 138; OLG 40, 40). — Vorstehende Grundsätze gelten auch dann, wenn eine Briefgrundschuld oder eine Eigentümergrundschuld, die aus einer Briefhypothek entstanden ist, ganz oder zum Teil übertragen werden soll (RG 64, 308; 65, 62; 69, 36; 75, 222). Ist eine Briefhypothek nur zum Teil Eigentümergrundschuld geworden, so ist der Eigentümer zwar gemäß § 952 Miteigentümer des Hypothekenbriefs (RG 59, 318; 69, 40). Er hat aber keinen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes an dem Brief, da dem Hypothekengläubiger der Brief zum ausschließlichen Besitz verbleiben muß, damit er uneingeschränkt über den ihm zustehenden Hypothekenteil verfügen kann (RG 69, 41; 75, 222). Vielmehr kann der Eigentümer nur entweder Vorlegung des Briefs an das Grundbuchamt zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 896 verlangen oder nach §§ 749, 752, 1152 Aufhebung der Gemeinschaft am Hypothekenbrief und Vollziehung der Teilung in Natur durch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs beanspruchen (RG 59, 318; 69, 42; 75, 222). Dieser Anspruch ist kein Anspruch auf Herausgabe im Sinne des § 931; durch seine Abtretung kann also nicht die Übergabe des Briefs nach §§ 1154 Satz 1, 1117 Abs 1 ersetzt werden (RG 69, 43).

4. Jedes der **beiden Erfordernisse,** schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe, kann dem andern nachfolgen. Liegt aber eines von beiden nicht vor, so geht die Hypothek, auch im Verhältnisse zwischen den Beteiligten, nicht auf den Erwerber über, so daß z. B. im Falle des Konkurses des alten Gläubigers die Hypothek in dessen Konkursmasse fällt (RG 65, 64; RJA 6, 67). Daher versagt insbesondere beim Mangel der Briefübergabe das Recht des Zessionars, wenn der Zedent die Hypothek nochmals, und zwar nunmehr unter Briefübergabe (A 3), an einen Dritten abtritt oder wenn es einem Gläubiger gelingt, eine mit der Wegnahme des Hypothekenbriefs verbundene Pfändung der Hypothek auszubringen (RG 65, 64). Kommt es auf den Zeitpunkt des Erwerbs an (z. B. im Falle einer dazwischenliegenden Konkurseröffnung), so wird dieser durch die Abtretungserklärung und deren Datum allein noch nicht nachgewiesen (KGJ 25 A 163; 40, 281; RJA 6, 66). Jedoch wird regelmäßig aus einer, sei es auch nur formlosen, Abtretungserklärung die Verpflichtung des Abtretenden zur Verschaffung der Hypothek (A 1) zu entnehmen sein (RG 63, 424; 65, 64; Warn 1908 Nr 64, 505). Im § 5 Abs 1 Satz 2 AufwG findet sich eine sonderrechtliche Vermutung dahin, daß die Briefhypothek an dem Tage der Ausstellung der Abtretungsurkunde erworben sei, auch wenn die Briefübergabe erst später nachgefolgt ist. Ist zu der Abtretung (Verpfändung, Pfändung) einer Briefhypothek die erforderliche Briefübergabe nicht hinzugetreten, so ist die Verfügung in vollem Umfang unwirksam. Sie wird auch nicht in Ansehung der persönlichen Forderung nachträglich dadurch wirksam, daß die Hypothek gelöscht und der Hypothekenbrief vernichtet wird (RG 76, 231) oder daß die Hypothek in der

Zwangsversteigerung durch den Zuschlag gemäß §§ 52, 91 ZVG erlischt (RG 59, 316; 63, 216; 76, 234). Wegen der Erfordernisse, wenn bei Gelegenheit der Abtretung die Zins- oder Zahlungsbedingungen geändert werden: KGJ 29 A 176. Hat der Notar, der die Abtretungserklärung beurkundet hat (A 5), zunächst diese Urkunde und den dem Zessionar bereits übergebenen Hypothekenbrief dem Grundbuchamt mit dem Antrag auf Umschreibung der Hypothek und Rückgabe des Briefs an den Zessionar eingereicht, demnächst aber den Antrag auf Umschreibung zurückgenommen, so darf das Grundbuchamt den Hypothekenbrief nicht an den Abtretenden aushändigen. Denn beide Erfordernisse für die Abtretung liegen bereits vor. Im Falle der Aushändigung des Briefs an den alten Gläubiger kann daher ein Schadensersatzanspruch nach § 12 GBO für den neuen Gläubiger bestehen (RG Warn 1928 Nr 150).

5. Die **öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung** (§ 129; FGG §§ 167, 183, 191) kann der neue Gläubiger jederzeit, auch erst nach der Abtretung, verlangen. Diese Beglaubigung hat namentlich den Vorteil, daß dem neuen Gläubiger der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach Maßgabe des § 1155 zustatten kommt (RG 126, 170; vgl. auch § 40 Abs 2 GBO) und daß der Erwerber die Hypothek geltend machen, kündigen und mahnen kann, ohne vom Eigentümer oder Schuldner einen Widerspruch gemäß §§ 1160, 1161 gewärtigen zu müssen (OLG 36, 167). Der Anspruch auf die Beglaubigung besteht, gleichviel ob die Abtretung zu Eigentum oder nur zu Sicherungszwecken erfolgt ist (RG 115, 307). Voraussetzung aber ist, daß der Beanspruchende wirklich „neuer Gläubiger" ist, daß er also die Hypothek rechtswirksam erworben hat. Das ist z. B. nicht der Fall, wenn die gehörige Briefübergabe fehlt oder wenn die Abtretungserklärung nicht rechtswirksam ist (RG 115, 304). Wird die Hypothek weiter abgetreten, so geht der Anspruch auf Beglaubigung nach § 401 auf den zweiten Zessionar mit über (RG 115, 307; OLG 23, 21). Der Anspruch besteht nach § 1192 auch bei der Abtretung von Grundschulden (RG 115, 307). Darüber, inwieweit dem Beglaubigungsanspruch des Zweiterwerbers der Grundschuld noch die Einrede entgegengesetzt werden kann, daß der Ersterwerber nach dem Innenverhältnis zum Grundstückseigentümer in der Verfügungsbefugnis über die Grundschuld fiduziarisch beschränkt gewesen sei, siehe RG 135, 357. Der Beglaubigungsanspruch aus § 1154 Abs 1 Satz 2 steht im Sinne des § 592 ZPO nicht einem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme gleich und kann daher nicht im Urkundenprozeß verfolgt werden (RG 14. 12. 1932 V 316/32). Die **Beglaubigungskosten hat** — abweichend von § 403 Satz 2 — **der bisherige Gläubiger zu tragen.**

6. Die vollzogene **Eintragung der Abtretung,** nicht schon die Abrede, daß sie stattfinden soll (RG 54, 146), ersetzt **die Schriftform der Abtretungserklärung.** Sie ersetzt aber nicht etwa auch die Übergabe des Briefs (A 3, 4). Zur Vornahme der Eintragung ist außer einem (formlosen) Antrag eines Beteiligten (§§ 13, 30 GBO) nach den Ordnungsvorschriften der §§ 19, 26, 29 GBO die in der Form des § 29 GBO abgegebene, die Abtretung als Grund angebende Eintragungsbewilligung (KGJ 40, 268) oder Umschreibungsbewilligung (KGJ 40, 272) des bisherigen Gläubigers sowie nach §§ 42, 62 GBO die Vorlegung des Briefs erforderlich (RG Warn 1912 Nr 260). Der gesetzgeberische Grund für die Zulassung des Ersatzes der Schriftform durch die Eintragung ist gerade der, daß die Eintragung auf dem Brief zu vermerken ist und dadurch der Berechtigte bereits einen Ausweis in öffentlicher Urkunde erhält (Prot 3, 648; RG Warn 1912 Nr 260). Jedoch braucht die Übergabe des Hypothekenbriefs von dem bisherigen an den neuen Gläubiger selbst dann, wenn dieser den Eintragungsantrag stellt, dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen zu werden, da § 26 GBO ein solches Erfordernis für die Vornahme der Eintragung formellrechtlich nicht aufstellt (KGJ 51, 280). Ebensowenig bedarf es für das Grundbuchamt des Nachweises der Annahme der Abtretung durch den neuen Gläubiger (A 2). Daraus folgt: Ist die einer Erbengemeinschaft gehörende Hypothek an einen Miterben abgetreten worden, so bedarf es zur Eintragung der Übertragung nicht der Beibringung einer (zustimmenden) Erklärung des erwerbenden Miterben (KGJ 51, 283); falls für diesen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Abtretungsvertrags erforderlich ist, bedarf es auch nicht der Beibringung dieser Genehmigung (KGJ 51, 284). Die Eintragung hat für den Erwerber auch dann, wenn die Briefhypothek durch schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe rechtswirksam übertragen ist, namentlich den Vorteil, daß er gegen anderweite Verfügungen des bisherigen Gläubigers, der etwa den Brief wieder erlangt, geschützt ist und bei der Geltendmachung der Hypothek sein Gläubigerrecht nicht gemäß § 1160 nachzuweisen braucht. Vgl. auch §§ 55 GBO, §§ 9 Nr 1, 44 ZVG. Über die erforderliche bestimmte Angabe des Zeitpunkts, von dem ab die Zinsen abgetreten werden: KGJ 29 A 179.

7. **Die entsprechende Anwendung der §§ 873, 878 bei der Abtretung einer Buchhypothek** ergibt: Zur Übertragung einer Buchhypothekforderung ist die Einigung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger und die Eintragung der Abtretung erforderlich (§ 873). Die Einigung bedarf, abweichend von der Abtretungserklärung bei einer Briefhypothek (A 2), keiner Form. Erfolgt die Einigung über die Abtretung erst nach der Eintragung, so wird die Buchhypothek erst mit dem Zeitpunkt der Einigung erworben (RG 117, 436; § 873 A 10). Zur Vornahme der Eintragung genügt (§§ 19, 29 GBO) die in der Form des § 29 GBO abgegebene, einseitige Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers und ein (formloser) Antrag eines Beteiligten (§§ 13, 30 GBO). Eine in der Zwischenzeit des § 878 eintretende Verfügungsbeschränkung des

Abtretenden macht dessen Umschreibungsbewilligung nicht unwirksam. Über die Erfordernisse für die Übertragung einer Gesamtbuchhypothek: § 1132 A 1. — Vollendet sich der Abtretungserwerb, auf den eine Klage des Erwerbers gestützt wird, erst im Laufe des Rechtsstreits, so liegt eine Klageänderung vor, wenn der zur Zeit der Klagerhebung noch fehlende und damals auch vom Kläger noch nicht dargelegte volle Abtretungstatbestand nach seiner Vollendung nachträglich behauptet wird (RG SeuffA 87 Nr 34). Das wird sowohl für die Abtretung der Briefhypothek nach § 1154 Abs 1, 2 wie für die Abtretung der Buchhypothek nach § 1154 Abs 3 gelten müssen. Doch ist die Zulässigkeit einer solchen Klageänderung jetzt durch die neue Fassung des § 264 ZPO und den Wegfall des § 527 ZPO wesentlich erweitert.

§ 1155

Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs [1]) aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen [2]), so finden die Vorschriften der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre [3]). Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß [4]) und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung [5]).

E I 1114 II 1062; M 3 751ff.; P 3 654; 6 249.

1. Da die Briefhypothek nach § 1154 Abs 1 nur im Falle der Briefübergabe auf den im Grundbuch als Gläubiger nicht Eingetragenen übertragen sein kann, ist im § 1155 als erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 891—899 erfordert, daß der nicht eingetragene Gläubiger (also im Falle des gegenwärtigen Rechtserwerbs an der Hypothek der unmittelbare Vormann des Erwerbers, zu dessen Gunsten § 892 zur Anwendung kommen soll) **Besitzer des Hypothekenbriefs** ist. Es genügt aber auch ein gemäß §§ 930, 931 vom bisherigen Gläubiger erlangter, mittelbarer Besitz, da dieser gemäß §§ 1154 Abs 1, 1117 Abs 1 Satz 2 der körperlichen Briefübergabe gleichsteht (RG 86, 264). Daß der Vormann des letzten Erwerbers, wenn für diesen § 892 in Frage kommt, den Besitz des Briefs auf rechtmäßigem Wege erlangt hat, ist nicht erforderlich. Eigenbesitz des Vormanns genügt auch dann, wenn der Vormann ihn unrechtmäßigerweise (z. B. durch Unterschlagung) erlangt hat. Der gutgläubige Erwerber braucht die Rechtmäßigkeit des Besitzes seines Vormanns nicht nachzuprüfen (RG 93, 43). Daß der gegenwärtige Besitzer (der letzte Erwerber) den Brief von dem bisherigen Gläubiger übergeben erhalten hat, wird nach §§ 1154 Abs 1, 1117 Abs 3 vermutet (RG 93, 44). Daher braucht er dies nicht nachzuweisen, wenn er vor dem Grundbuchamt (§ 40 Abs 2 GBO) über die Hypothek verfügen will (RJA 7, 139). Steht aber fest, daß er ohne Übergabe in den Besitz des Briefs gelangt ist, so ist er nicht Gläubiger und kann sich für seinen Erwerb nicht auf § 1155 berufen (RG 56, 416). Überträgt er indessen demnächst die Hypothek unter den Erfordernissen des § 1155 an einen hinsichtlich seiner Besitzerlangung gutgläubigen Dritten, so erwirbt dieser die Hypothek nach §§ 1155, 892 rechtsgültig, und zwar mit der Wirkung, daß späteren Erwerbern auch eine bei ihnen nach der bezeichneten Richtung etwa vorhandene Bösgläubigkeit nicht mehr schadet (§ 891 A 5). — Nach § 21 AufwG finden die Vorschriften des § 20 über die Wirkung des guten Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs bei der Wiedereintragung gelöschter, nach § 14 (Vorbehalt) oder § 15 (Rückwirkung) aufgewerteter Hypotheken entsprechende Anwendung, wenn die aufgewertete Hypothek noch nicht gelöscht, sondern noch für den früheren Gläubiger eingetragen ist, das Gläubigerrecht eines anderen sich jedoch aus § 1155 BGB ergibt.

2. Zweite Voraussetzung ist: **Aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen** (§ 1154 A 5) muß sich das Gläubigerrecht des Briefbesitzers ergeben, also in dem Falle des gegenwärtigen Rechtserwerbs an der Hypothek das Gläubigerrecht desjenigen, von dem der erwirbt, zu dessen Gunsten § 892 zur Anwendung kommen soll. Die Hypothek muß mithin in öffentlich beglaubigter Form zunächst von dem eingetragenen Gläubiger und dann weiter von den Erwerbern an andere Gläubiger abgetreten sein, bis sie auf den Briefbesitzer gelangt ist (RJA 3, 147). Aus den Worten „zusammenhängende Reihe“ ist jedoch nicht zu folgern, daß eine Mehrheit von Abtretungserklärungen vorliegen muß. Es kommt nur auf den Nachweis des Zusammenhangs mit dem eingetragenen Gläubiger, nicht auf die Zahl der Zwischenmänner an. Daher genügt auch nur „eine“ Abtretungserklärung des eingetragenen Gläubigers an den Briefbesitzer (RG 86, 263; 93, 44). Ist aber der zuerst Abtretende nicht eingetragener Gläubiger (OLG 8, 140) oder ist die Hypothek auf andere Weise als durch Abtretung oder nach Maßgabe des § 1155 Satz 2 auf einen Zwischengläubiger übergegangen (RJA 3, 146) oder liegt eine nicht oder nicht ordnungsmäßig (RG 135, 359) öffentlich beglaubigte (privatschriftliche) Abtretungserklärung inmitten, so kann zwar das Gläubigerrecht

auf den Briefbesitzer gemäß § 1154 übergegangen sein; er steht aber in der Anwendung der §§ 891 bis 899 (A 3) nicht einem eingetragenen Gläubiger gleich. Wird in dem zuletzt genannten Falle die fehlende öffentliche Beglaubigung nachgeholt, so gilt der Briefbesitzer erst von nun an, insbesondere zugunsten späterer Erwerber, nicht auch für die Vergangenheit als eingetragener Gläubiger. — Nach § 129 Abs 2 wird die öffentliche Beglaubigung durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt. Eine notarielle Urkundenausfertigung steht einer öffentlichen Beglaubigung gleich (RG 85, 61; 93, 44; OLG 29, 368). Dies gilt auch dann, wenn der Ausfertigung eine gefälschte Urkunde oder überhaupt keine Urkunde zugrunde liegt. Die Ausfertigung ist dann zwar widerrechtlich, vielleicht sogar unter Verstoß gegen § 348 StGB aufgenommen; sie bleibt aber trotzdem eine echte Urkunde (RG 85, 61; 93, 44; OLG 29, 368). Aber auch wenn in der Reihe der Abtretungserklärungen die eine oder die andere gefälscht ist, wird dadurch nicht die Anwendung des § 1155 ausgeschlossen, sofern die Urkunde den Schein einer echten, öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung hervorruft. Für den gutgläubigen Erwerb des letzten Erwerbers, zu dessen Gunsten § 892 zur Anwendung kommen soll (A 3), genügt es, daß durch Urkunden, die sich äußerlich als öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen darstellen, der Schein der Berechtigung des Vormanns zur Verfügung über die Hypothek vermittelt wird (RG 85, 58; 86, 263; 93, 44; Warn 1915 Nr 209; OLG 29, 388). Obwohl § 1155 nur von Abtretungserklärungen spricht, gehören hierher auch die Vollmachten zu Abtretungserklärungen, die von Bevollmächtigten abgegeben sind. Denn diese Vollmachten bilden einen Bestandteil der die Eintragung im Grundbuch ersetzenden Legitimation (RG Gruch 60, 324). Auch hier gereichen verborgene Mängel der Vollmachten (z. B. ihre Fälschung) dem gutgläubigen (letzten) Erwerber (§ 892) nicht zum Nachteil, wie auch gegenüber der Eintragung im Grundbuch nicht zum Nachteil des gutgläubigen Erwerbers auf verborgene Mängel der vorgelegten Vollmachten zurückgegangen werden kann (RG Warn 1915 Nr 209; OLG 29, 390). Daß bei den aufeinander folgenden Abtretungen dem späteren Erwerber jedesmal außer der von seinem unmittelbaren Vormann ausgestellten („erteilten": § 1154 A 2) Abtretungserklärung auch die Abtretungsurkunden, die den früheren Erwerbern von ihren Vormännern erteilt worden sind, übergeben sein müssen, ergibt sich aus § 1155 nicht (RG Gruch 62, 624).

3. Aus der **Anwendung der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise, wie wenn der Briefbesitzer als Gläubiger eingetragen wäre,** folgt: Ergibt sich aus der in A 2 bezeichneten Reihe von Urkunden das Gläubigerrecht des Briefbesitzers, so streitet für sein wirkliches Gläubigerrecht die Rechtsvermutung aus **§ 891.** Wer das Gläubigerrecht trotzdem bestreitet (z. B. mit der Behauptung, die Übertragung an den Briefbesitzer sei nichtig oder dem nicht eingetragenen Rechtsvorgänger habe das Gläubigerrecht nicht zugestanden und dies sei dem Briefbesitzer beim Erwerb bekannt gewesen), muß das Gegenteil beweisen. — Erwirbt jemand durch Rechtsgeschäft (Erwerb kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung steht dem rechtsgeschäftlichen Erwerb nicht gleich: § 892 A 4) vom Briefbesitzer die Hypothek (§ 1154) oder ein Recht daran (z. B. ein Pfandrecht: § 892 A 3), so gilt gemäß **§ 892** zugunsten des Erwerbers der Briefbesitzer als der wirkliche Gläubiger, es sei denn, daß der Mangel des Gläubigerrechts dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs (im Falle der Abtretung also zu der Zeit, in der Abtretungserklärung und Briefübergabe zusammen vorliegen: RG 89, 160; § 1154 A 4) bekannt ist oder gemäß § 1140 aus dem Brief sich ergibt oder daß ein Widerspruch gegen das Gläubigerrecht im Grundbuch eingetragen oder auf dem Brief vermerkt ist (JW 1926, 181[5]). Daß im Falle der Abtretung der letzte Erwerber seinerseits auf eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung seinen Erwerb gründen kann, ist nicht erforderlich. Denn einerseits genügt zur Anwendung des § 892 jeder rechtsgültige rechtsgeschäftliche Erwerb von dem Briefbesitzer, der beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 1155 als eingetragener Gläubiger gilt, und andrerseits wird die Hypothek nach § 1154 Abs 1 Satz 1 auch durch eine privatschriftliche Abtretungserklärung in Verbindung mit der Briefübergabe erworben. Überträgt aber ein solcher Erwerber die Hypothek weiter, so muß dem zweiten Erwerber zwar hinsichtlich der Vormänner der Schutz aus § 892 ebenso wie dem ersten Erwerber zugestanden werden, da dessen Rechte auf ihn übergehen. Da aber der auf Grund einer privatschriftlichen Abtretungserklärung Erwerbende nicht als eingetragener Gläubiger gilt, so können dem zweiten Erwerber hinsichtlich der Rechtsgültigkeit des Erwerbs des ersten Erwerbers oder des Fortbestehens des Gläubigerrechts (z. B. im Hinblick auf die den Übergang auf einen anderen bewirkende Befriedigung) alle bestehenden Einwendungen ohne Rücksicht auf seine Kenntnis usw. entgegengesetzt werden (str.). Der Schutz des § 892 erstreckt sich übrigens im Bereich des § 1155 ebensowenig wie im Falle des Erwerbs von einem Eingetragenen (RG 69, 268; 84, 245; § 892 A 6 Abs 4) auf den Rechtsakt, durch den der (letzte) Erwerber die Hypothek erlangen will. Ist diese Erwerbshandlung rechtsunwirksam (z. B. weil die dem Erwerber erteilte Abtretungserklärung fälschlich angefertigt war), so erwirbt der (letzte) Erwerber die Hypothek auch im Falle seines guten Glaubens an die Rechtswirksamkeit des Erwerbsakts nicht (RG Warn 1915 Nr 209; OLG 29, 389). — Der Briefbesitzer gilt, auch wenn er nicht wahrer Gläubiger ist, als eingetragener Gläubiger im Sinne des **§ 893** hinsichtlich des Schutzes eines Gutgläubigen, der an ihn auf Grund der Hypothek eine Leistung bewirkt oder mit ihm in Ansehung der Hypothek ein Rechtsgeschäft der im § 893 gemeinten Art (§ 893 A 4) vornimmt. Ist der Briefbesitzer nicht wirklicher Gläubiger,

so hat der wahre Berechtigte, um sich gegen einen Rechtsverlust durch einen gutgläubigen Erwerber schützen zu können, die aus den **§§ 894 bis 899** sich ergebenden Rechte (auf Berichtigung des Grundbuchs, Eintragung eines Widerspruchs usw.) so, als ob der Briefbesitzer im Grundbuch eingetragen stände. — § 1155 erweitert den Schutz des öffentlichen Glaubens, indem beim Vorliegen der fraglichen Urkundenreihe der Briefbesitzer einem eingetragenen Gläubiger gleichstellt wird. Hinsichtlich des Inhalts des Grundbuchs selbst (z. B. der Rechtsgültigkeit der Hypothek, des Bestehens der Forderung, der Zulässigkeit von Einwendungen) gelten die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs unmittelbar auch hier. Namentlich greifen die §§ 892, 1138 zugunsten eines gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Briefhypothek auch dann ein, wenn sein Gläubigerrecht sich auf andere Urkunden als die des § 1155 (z. B. auf privatschriftliche Abtretungserklärungen) gründet. Dem § 1155 ist daher nicht etwa der Rechtssatz zu entnehmen, daß nur unter den hier aufgestellten Voraussetzungen ein gutgläubiger, einwandfreier Erwerb von einem bloß fiduziarisch Berechtigten möglich sei (**RG** 135, 361). — Wenn im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Erwerber einer Briefhypothek im Verteilungstermin den Brief vorlegt und sich gemäß § 1155 ausweist, so ist der auf die Hypothek entfallende Versteigerungserlös an ihn, nicht an den als Gläubiger Eingetragenen auszuzahlen. Das gilt auch dann, wenn die Übertragung erst kurz vor der Auszahlung stattgefunden und der Erwerber sein Recht nicht gemäß § 114 ZVG angemeldet hat (**RG** 73, 300; 77, 296).

4. Aus der Gleichstellung eines **gerichtlichen Überweisungsbeschlusses** mit einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung folgt nicht, daß schon zugunsten desjenigen, dem die Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen wird, sein briefbesitzender Schuldner, dessen Gläubigerrecht sich aus einer Urkundenreihe gemäß § 1155 ergibt, für die Anwendung der §§ 892ff. als eingetragener Gläubiger gilt. Denn nur einem rechtsgeschäftlichen Erwerber stehen diese Vorschriften über den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zur Seite (A 3). Erst wenn er die Hypothek weiter überträgt oder mit einem Recht belastet, steht zugunsten des Erwerbers der Überweisungsbeschluß der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleich mit der Wirkung, daß der Erwerber den Schutz aus §§ 1155, 892ff. (A 3) genießt. Unter dem Überweisungsbeschluß ist nur eine Überweisung der Hypothekenforderung **an Zahlungs Statt** zum Nennwert zu verstehen. Denn durch die Überweisung zur Einziehung erlangt der Vollstreckungsgläubiger überhaupt nicht das Gläubigerrecht, sondern nur die Ermächtigung zur Einziehung der Hypothek (§§ 835 Abs 1, 2; 837 ZPO). Eine Übertragung nach § 118 ZVG gehört auch nicht hierher.

5. Nicht **eine kraft Gesetzes erfolgte Übertragung der Forderung** ist der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichgestellt, sondern ein **öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis** dieser Tatsache. Demnach muß von demjenigen, der vor dem Übergang Gläubiger war, gegenüber dem jetzigen Gläubiger rechtsgeschäftlich in öffentlich beglaubigter Form anerkannt worden sein, daß die Tatsache, die kraft Gesetzes den Übergang bewirkt, eingetreten und daß zufolge dieser Tatsache die Hypothekenforderung auf den Empfänger der Erklärung übergegangen sei (§ 408 Abs 2; KGJ 27 A 127; 35 A 292; 52, 189; OLG 10, 95; a. M. OLG 18, 178 insofern, als das Anerkenntnis jener Tatsache allein für genügend erachtet wird). Ein solches Anerkenntnis soll für die Geltung des Briefbesitzers als eingetragenen Gläubigers (A 2, 3) einer Abtretungserklärung gleichstehen. Der bloße Nachweis des kraft Gesetzes erfolgten Übergangs, mag er auch in öffentlicher Form erbracht sein, genügt nicht (KGJ 25 A 162; 35 A 292; 52, 189; RJA 9, 210; OLG 32, 413). Der Fall des Übergangs kraft Gesetzes durch Erbgang scheidet daher von vornherein aus, weil eine Anerkenntniserklärung des Erblassers als bisherigen Gläubigers nicht in Frage kommen kann. Insbesondere ist ein Erbschein oder eine letztwillige Verfügung, wodurch der Übergang auf den Erben nachgewiesen wird, kein Anerkenntnis (str.; KGJ 25 A 162; 27 A 127; 35 A 292; RJA 9, 210; OLG 10, 95). Eine andere Frage ist es bei der Erbfolge, ob die Urkundenreihe des § 1155 (vgl. auch § 40 Abs 2 GBO) dadurch unterbrochen wird, daß ein Abtretender in der Reihe die Hypothek durch Erbgang, nicht durch Abtretung usw. erlangt hat. Dies wird zu verneinen sein, weil in der Gesamtnachfolge Erblasser und Erbe hinsichtlich des Gläubigerrechts an der Hypothek als eine Person gelten (str.; RJA 9, 207). Auch eine Quittung über eine Zahlung, die den Übergang der Hypothek auf einen anderen zur Folge hat, genügt für § 1155 Satz 2 nicht, da sie kein Anerkenntnis des erfolgten Übergangs enthält (str.; JW 1926, 181[5]; JFG 1, 487; 3, 395; OLG 46, 50). Ebensowenig genügt eine nach Bezahlung einer Hypothek erteilte Löschungsbewilligung (**RG** Warn 1928 Nr 116; SeuffA 82 Nr 22; HRR 1930 Nr 398). — Über die Fälle, in denen eine Hypothekenforderung auf einen anderen kraft Gesetzes übergeht, vgl. § 1143 A 3 und §§ 268, 426 Abs 2, 774, 1143, 1163 Abs 1 Satz 2, 1164, 1168, 1173, 1174, 1182, 1438, auch ZPO § 868. Gleichzustellen sind die Fälle, in denen die Hypothek ohne die Forderung (als Grundschuld) kraft Gesetzes übergeht (§ 1143 A 3), sowie der Fall des § 1163 Abs 1 Satz 1 (Nichtentstehen der Forderung), zumal die Vorschrift des § 1155 nach § 1192 auch auf die Grundschuld Anwendung findet. Hierher gehört namentlich ein (öffentlich beglaubigtes) Anerkenntnis des als Hypothekgläubiger Eingetragenen, daß wegen Nichtentstehung oder wegen Erlöschens der gesicherten Forderung die Hypothek gemäß § 1163 Abs 1 auf den Eigentümer als Grundschuld (§ 1177 Abs 1) übergegangen sei (**RG** Warn 1930 Nr 163). Ferner findet ein Übergang kraft Gesetzes statt,

wenn eine Gemeinde, welche Gläubigerin einer Hypothek ist, in eine andere eingemeindet wird (RG 64, 401; 87, 284; KGJ 41, 213; 51, 213; 52, 187; OLG 32,412). — Das Anerkenntnis kann durch eine rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe der anerkennenden Erklärung gemäß § 894 ZPO ersetzt werden. Die Verpflichtung zur Abgabe des Anerkenntnisses ergibt sich aus den §§ 403, 412, 1144. Hat der letzte Inhaber die Hypothek kraft Gesetzes erworben, so kann er auch beim Vorhandensein eines Anerkenntnisses ebensowenig wie im Falle der Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung für seinen Erwerb den Schutz des öffentlichen Glaubens (§§ 1155, 892) in Anspruch nehmen, da nur der rechtsgeschäftliche Erwerb geschützt wird (A 4).

§ 1156

Die für die Übertragung der Forderung [1]) geltenden Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek [2]) keine Anwendung [3]). Der neue Gläubiger muß jedoch eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist [4]).

E I 1089 II 1063; M 3 711ff.; P 3 589ff., 664f., 683.

1. Der Begriff **Übertragung der Forderung** umfaßt nicht nur die Abtretung der Hypothekenforderung (§§ 398ff., 1154), sondern auch (vgl. § 408 Abs 2) ihren Übergang kraft Gesetzes (§ 412; § 1143 A 3; § 1155 A 5) und die Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 835 ZPO). Ob die Forderung durch Buchhypothek oder durch Briefhypothek gesichert ist, macht keinen Unterschied. Dagegen findet § 1156 auf Sicherungshypotheken gemäß § 1185 Abs 2 keine Anwendung. Für Forderungen auf Zinsen, andere Nebenleistungen und Kosten gelten die abweichenden Bestimmungen der §§ 1158, 1159.

2. Nur **auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger** und nur **in Ansehung der Hypothek** (§ 1138 A 1) finden die §§ 406—408 keine Anwendung. Für das Verhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem neuen Gläubiger und gegenüber der Schuldklage des letzteren gelten die §§ 406—408 ebenso wie die anderen auf Einwendungen des Schuldners gegenüber dem neuen Gläubiger bezüglichen Vorschriften der §§ 404, 405, 409—411. Innerhalb dieses Verhältnisses gilt z. B. § 407 für die Frage, ob die Mitteilung des Grundstücksveräußerers von der Schuldübernahme des Erwerbers nach § 416, die an den früheren Hypothekengläubiger erfolgt ist, dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam ist (RG 67, 413; 80, 92; Warn 1914 Nr 245; JW 1916, 908[7]). Ist der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner und wird gegen ihn vom neuen Gläubiger sowohl die dingliche Klage aus dem Hypothekenrecht als auch die Schuldklage aus der persönlichen Forderung erhoben (§ 1138 A 1; § 1147 A 4), so kann der Beklagte mit einer Einwendung aus §§ 406—408 gegenüber der Schuldklage durchdringen, während sie ihm der dinglichen Klage gegenüber versagt ist (A 3).

3. Da **die Vorschriften der §§ 406—408 keine Anwendung finden,** kann der Eigentümer nicht, wie der persönliche Schuldner gegenüber der Schuldklage (A 2), die nachstehend genannten Einwendungen, die sich auf Ereignisse nach der Übertragung gründen, gegenüber der dinglichen Klage des neuen Gläubigers erheben. Zunächst nicht die Einrede der Aufrechnung mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung, auch wenn die im **§ 406** bestimmten Ausnahmen von der Aufrechnungsbefugnis des Schuldners in seiner Person nicht vorliegen (SeuffA 62 Nr 137; OLG 26, 154). Nur wenn die Aufrechnung bereits vor der Übertragung dem bisherigen Gläubiger gegenüber erklärt und die Hypothekenforderung dadurch getilgt war, kann der Eigentümer dies auch gegenüber dem neuen Gläubiger (§ 1137 A 1) geltend machen, im Falle rechtsgeschäftlicher Übertragung aber gemäß § 1138 auch nur dann, wenn der neue Gläubiger beim Erwerb nicht gutgläubig war (§ 1138 A 3; SeuffA 62 Nr 137; OLG 26, 154). Ferner kann der Eigentümer sich nicht gemäß **§ 407 Abs 1** (§ 412) auf Leistungen (z. B. Zahlung auf die Hypothek) oder Rechtsgeschäfte (z. B. Stundung, Erlaß, Aufrechnungserklärung) berufen, die er (oder der persönliche Schuldner) nach der Übertragung an den bisherigen Gläubiger bewirkt oder mit diesem vorgenommen hat. Das gilt auch dann, wenn ihm die Übertragung nicht bekannt gewesen ist. Nur dann kann er sich auf jene Tatsachen berufen, wenn ihm die Vorschriften der §§ 893, 1155 zur Seite stehen (z. B. bei der Briefhypothek der bisherige Gläubiger noch als solcher im Grundbuch eingetragen und die Abtretung nicht in öffentlich beglaubigter Form erklärt ist). § 893 betrifft aber nur Leistungen und dingliche Verfügungen über das im Grundbuch eingetragene Recht, nicht Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Verträgen in Ansehung des Rechts (JW 1916, 908[7]). Weiter kann der Eigentümer nicht gemäß **§ 407 Abs 2** (§ 412) ein rechtskräftiges Urteil, das in einem nach der Übertragung anhängig gewordenen Rechtsstreit (vgl. §§ 265, 325 ZPO) mit dem bisherigen Gläubiger über die Hypothek oder die

persönliche Forderung ergangen ist, gegenüber dem neuen Gläubiger zur Geltung bringen, auch wenn er die Übertragung beim Eintritt der Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. Durch **§ 408** wird der Dritte, an den die Forderung nochmals übertragen ist, hinsichtlich der im § 407 bezeichneten Maßnahmen des Schuldners dem bisherigen Gläubiger gleichgestellt. — Dagegen finden die Vorschriften der **§§ 404, 405, 409—411** an sich auch auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger Anwendung (vgl. über Einwendungen nach § 404 und über die Anwendung des § 405 bei einer nur zum Schein erfolgten Anerkennung des Bestehens der Hypothekenforderung durch den Hypothekbesteller **RG** Warn 1914 Nr 245). Z. B. gilt dies, wenn die Hypothekenforderung durch ein selbständiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 begründet worden ist, von der (Bereicherungs-) Einrede aus § 812 Abs 2, daß der rechtliche Grund für das Schuldanerkenntnis nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen sei. Da diese Einrede gewissermaßen als innerer Mangel dem Schuldanerkenntnis von vornherein anhaftet, so kann sie nach § 404 (und § 405, der das Anerkenntnis ausdrücklich erwähnt) auch gegenüber dem neuen Gläubiger (Rechtsnachfolger des Bereicherten) geltend gemacht werden (**RG** 86, 304). Ferner gilt dies z. B. dann, wenn der Eigentümer gemäß § 1137 dem neuen Gläubiger eine Einrede entgegensetzt, die dem persönlichen Schuldner gegenüber dem bisherigen Gläubiger zusteht und die Geltendmachung der Hypothekenforderung dauernd ausschließt (**RG** JW 1916, 908[7]). Jedoch greift bei der Verkehrshypothek gegenüber Einwendungen aus §§ 404, 405 nach §§ 1138, 1157 der Schutz eines gutgläubigen Erwerbs ein. Bei der Sicherungshypothek gilt dagegen § 1138 nach § 1185 Abs 2 nicht (**RG** 91, 225; JW 1916, 908[7]). § 410 erfährt Änderungen durch die Vorschriften der §§ 1144, 1145, 1160.

4. Daß eine **Kündigung des Eigentümers gegenüber dem bisherigen Gläubiger**, wenn die Übertragung nicht eingetragen und auch dem Eigentümer nicht bekannt ist, auch gegenüber dem neuen Erwerber wirkt, ist eine Ausnahme von § 407 Abs 1, § 1156 Satz 1 (A 3). Über die Kündigung des Gläubigers vgl. § 1141.

§ 1157

Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses [1]) gegen die Hypothek [2]) zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden [3]). Die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede [4]).

E I 1084 II 1064; M 3 700; P 3 580, 582; 6 253.

1. § 1156 versagt dem Eigentümer nur die Einwendungen aus §§ 406—408, also Einwendungen auf Grund von Ereignissen, die nach der Forderungsübertragung eingetreten sind. Nach §§ 404, 1137 kann aber der Eigentümer die zur Zeit der Forderungsübertragung gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen des persönlichen Schuldners aus dem hypothekarisch gesicherten Schuldverhältnisse auch gegenüber der dinglichen Klage des neuen Gläubigers geltend machen, soweit nicht die Wirkung eines gutgläubigen Erwerbs (§ 1138) entgegensteht (§ 1156 A 3). Darüber hinaus trifft § 1157 Bestimmung über **Einreden des Eigentümers auf Grund eines zwischen ihm selbst und dem bisherigen Gläubiger bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisses.** Unter diesem Rechtsverhältnisse ist also zunächst nicht das Schuldverhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger zu verstehen. Auf Einreden daraus bezieht sich § 1157 nicht. Dieser Grundsatz wird allerdings in der Rechtsprechung nicht immer streng durchgeführt. So wird z. B. in **RG** 91, 223 bei einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung auch die Einrede der Minderung des Kaufpreises und der Unsittlichkeit (Nichtigkeit) des Kaufgeschäfts hierher gerechnet. Weiterhin bezieht sich § 1157 nicht auf Einwendungen, die den Bestand des dinglichen Rechts (z. B. die Rechtsgültigkeit der Hypothekbestellung) oder den Eintritt von dinglichen Rechtsänderungen (z. B. den Übergang der Hypothek kraft Gesetzes auf einen anderen durch Befriedigung des Gläubigers) zum Gegenstande haben (§ 1137 A 1). Bei der Frage, ob solche Einwendungen einem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können, kommen die §§ 892, 1140 (Rechtserwerb in gutem Glauben) unmittelbar zur Anwendung. Denn diese Einwendungen richten sich gegen die Richtigkeit des Grundbuchinhalts (vgl. jedoch **RG** 74, 214, wo § 1157 auch auf den Fall des Freiwerdens von der dinglichen Haftung für anwendbar erachtet wird). § 1157 betrifft nach der Fassung des Gesetzes also nur schuldrechtliche Beziehungen zwischen dem Eigentümer als solchem und dem bisherigen Gläubiger (**RG** Warn 1908 Nr 454; SeuffA 64, 194). Beispielsfälle für solche Beziehungen sind aufgeführt in § 1137 A 1. Namentlich kommen also in Betracht die Einreden der Stundung und des Erlasses, ferner aber auch die eine Geltendmachung der Hypothek dauernd ausschließenden Einreden, die den Eigentümer nach § 1169 (dort A 1) zum Verlangen des Verzichts auf die Hypothek berechtigen (**RG** 74, 215; Gruch 60, 508: Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung). Schließlich gehören in den Geltungsbereich des § 1157 folgende Einreden: daß der Eigentümer

nach § 1142 Abs 2 aufgerechnet habe (RG 91, 223); daß nach der getroffenen Vereinbarung der Gläubiger während der Besitzzeit des Eigentümers die Hypothek nicht sollte abtreten dürfen (§§ 399, 405; KGJ 29 A 246); daß die Hypothek dem Zedenten nur zur Sicherheit bestellt worden sei und er sie deshalb nicht oder nur unter Beschränkungen habe abtreten dürfen (RG 91, 225; 135, 364; JW 1901, 181; Warn 1910 Nr 17); daß der Gläubiger, wenn der Eigentümer Teile des belasteten Grundstücks veräußere, die veräußerten Parzellen gegen Abzahlung eines Teils der Hypothekenforderung aus der Haftung entlassen solle (KGJ 33 A 261); daß fällige Raten einer Darlehnshypothek durch Verrechnung (z. B. mit Lohnforderungen des Eigentümers) getilgt werden sollen (OLG 18, 161). — Nur dem Eigentümer, in dessen Person das Rechtsverhältnis begründet ist, steht eine Einrede daraus auch gegenüber dem neuen Gläubiger zu. Nicht etwa gleichfalls seinem Sondernachfolger im Eigentum (§ 1137 A 1). Hat der Eigentümer mit dem Gläubiger z. B. vereinbart, dieser dürfe, wenn jener eine Parzelle verkaufe, sie wegen der Hypothek nicht in Anspruch nehmen, so kann der Eigentümer der Parzelle, auf welche die Hypothek übertragen wurde, gegen die dingliche Klage des ursprünglichen Gläubigers oder gar seines Rechtsnachfolgers nicht auf Grund von § 1157 die Nichthaftung der Parzelle einwenden (a. M. KGJ 33 A 261). Die Hypothek kann aber als eine auflösend bedingte an der Parzelle für den Fall der Abtretung gestaltet werden. Diese Bedingung ist eintragungsfähig und zur Wirksamkeit gegenüber den Rechtsnachfolgern des Gläubigers auch eintragungsbedürftig. — Ob der (vom neuen Gläubiger mit der dinglichen Klage belangte: A 2) Eigentümer nur dinglich für die Hypothek haftet oder zugleich auch persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, macht keinen Unterschied. § 1157 trifft nach seinem Wortlaut beide Fälle (RG 81, 85). Wenn z. B. ein Gläubiger, der die Hypothek durch (erste) Abtretung erlangt hat, gegenüber dem Eigentümer, der zugleich der persönliche Schuldner ist, zur Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers verpflichtet war (z. B. kraft einer Schuldübernahme beim Kauf eines anderen Grundstücks des Eigentümers, die von dem ursprünglichen Gläubiger nicht genehmigt war: § 415 Abs 3), so kann der Eigentümer (und persönliche Schuldner) der dinglichen Klage eines neuen Gläubigers (zweiten Zessionars) die aus der Befriedigungsverpflichtung (des ersten Zessionars) sich ergebende Einrede (falls sie nicht nach Satz 2 ausgeschlossen ist: A 4) gemäß § 1157 Satz 1 entgegensetzen (RG 81, 82).

2. § 1157 betrifft nur Einreden **gegen die Hypothek**, d. h. gegenüber der dinglichen Klage (§ 1147 A 4) des neuen Gläubigers (RG 81, 85). Der mit der Schuldklage belangte, vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner kann sich auf die rein persönlichen, die schuldrechtliche Forderung nicht berührenden Abmachungen zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger überhaupt nicht berufen (§ 1141 A 1). Ob das dingliche Recht aus einer Verkehrshypothek oder aus einer Sicherungshypothek geltend gemacht wird, ist gleichgültig (§ 1185 Abs 2; RG 74, 215). Auch auf Grundschulden findet § 1157 gemäß § 1192 Anwendung. Hier ist die Vorschrift sogar von besonderer Bedeutung, weil die Grundschuld nicht von einer Forderung abhängig ist und die dem Eigentümer gegen die Hypothek nach § 1137 zustehenden Einreden des persönlichen Schuldners gegen die zugrunde liegende Forderung für die Grundschuld nicht in Betracht kommen (RG 91, 223; Warn 1908 Nr 454). Das der Grundschuldbestellung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft ist als ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 1157 zwischen dem die Grundschuld bestellenden Eigentümer und dem ursprünglichen Gläubiger anzusehen (RG Warn 1908 Nr 454; 1914 Nr 292). Daher greift z. B. hier Platz die den Eigentümer zum Verlangen des Verzichts auf die Grundschuld nach § 1169 (dort A 1) berechtigende Einrede, daß die Grundschuld ohne rechtlichen Grund bestellt sei (§ 812), weil sie zur Sicherung einer Forderung habe dienen sollen, die Forderung aber nicht entstanden sei (RG 78, 67; Warn 1914 Nr 292; SeuffA 64, 194; 74 Nr 200; KGJ 53, 221). Ferner ist statthaft die Einrede, daß die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung gegen den Eigentümer fiduziarisch bestellt sei und der bisherige Gläubiger wegen der Tilgung der Forderung zur Rückübertragung der Grundschuld verpflichtet gewesen wäre (RG 91, 225; OLG 31, 347). Da diese Einrede sich auf das fiduziarische Rechtsverhältnis gründet, das von vornherein die bedingte Verpflichtung zur Rückübertragung der Grundschuld enthielt, greift sie (Bösgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich des fiduziarischen Rechtsverhältnisses nach § 1157 Satz 2 vorausgesetzt) gemäß § 404 auch dann durch, wenn die Tilgung an den bisherigen (abtretenden) Gläubiger erst nach der Abtretung erfolgt ist (RG 91, 225). Die Vorschrift des § 1157 kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Eigentümer zunächst für sich selbst eine Eigentümergrundschuld bestellt hat, alsdann die Grundschuld fiduziarisch an einen ersten Fremdgläubiger abtritt und dieser nunmehr unter Verletzung seiner fiduziarischen Pflicht die Grundschuld an einen zweiten Fremdgläubiger überträgt. In einem solchen Falle ist die Einrede, die erst bei der ersten Abtretung für den Eigentümer-Grundschuldgläubiger gegen den ersten Fremdgläubiger aus dem fiduziarischen Abtretungsverhältnis begründet worden ist, doch noch als eine dem § 1157 zugehörige anzusehen (RG 135, 357).

3. **Dem neuen Gläubiger** (§ 1156 A 1) **können** die fraglichen **Einreden entgegengesetzt werden** ohne weitere Voraussetzungen als die aus § 1157 Satz 2 sich ergebenden. Insbesondere ist nicht erfordert, daß bei der Abtretung vom bisherigen an den neuen Gläubiger die Formen des § 1155 beobachtet sind (RG 135, 365). Ebensowenig wird vorausgesetzt, daß die Einreden eingetragen

sind. Die Eintragung ist aber zulässig (KGJ 33 A 261; 53, 222; OLG 10, 414f.; 18, 162). Dies folgt aus §§ 1157 Satz 2, 894. Kraft besonderer Gesetzesvorschrift ist also beim Fehlen der Eintragung der Einredetatsachen das Grundbuch als unrichtig anzusehen, obwohl das die Einreden begründende Rechtsverhältnis an sich ein rein persönliches ist. Der Eigentümer kann mithin gemäß § 894 sogar die Eintragung zwecks Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Dagegen ist die Eintragung einer Vormerkung nicht zulässig. Denn es steht kein Anspruch auf Aufhebung der Hypothek oder Änderung des Inhalts usw. im Sinne des § 883 in Frage (str.; KGJ 33 A 259). Nur ein Widerspruch kann nach Satz 2 zu dem Zwecke eingetragen werden, die Berufung des neuen Gläubigers auf seinen guten Glauben auszuschließen (A 4). Wegen der Hypothek für Zinsen, andere Nebenleistungen, Kosten finden sich abweichende Bestimmungen in §§ 1158, 1159. Um das Entgegensetzen einer Einrede gegen die Hypothek handelt es sich nicht, wenn der Eigentümer gegen den Scheinzessionar einer Hypothek auf Einräumung des Vorrangs vor einer anderen Hypothek klagt, weil der Scheinzedent ihm gegenüber die Verpflichtung übernommen habe, der anderen Hypothek, falls sie eingetragen werde, den Vorrang einzuräumen. Ein solche Klage kann nur in § 826 ihre Begründung finden, wenn Zedent und Zessionar zusammengewirkt haben, um dem Eigentümer das Recht auf die Vorrangseinräumung zu entziehen (**RG** 95, 160). Gehen die Vereinbarungen zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger dahin, daß eine Einrede nur diesem, nicht einem Zessionar gegenüber solle geltend gemacht werden dürfen, eine Rechtsgestaltung, die möglich und zulässig ist, so kann der Eigentümer dem neuen Gläubiger die gegen den alten Gläubiger begründete Einrede nicht entgegensetzen (**RG** HRR 1931 Nr 940).

4. Aus der **Geltung der §§ 892, 894 bis 899, 1140 auch für diese Einrede** folgt: Eine zur Zeit der Hypothekenübertragung gegenüber dem bisherigen Gläubiger bestehende Einrede im Sinne des § 1157 (A 1) kann der Eigentümer der dinglichen Klage (A 2) des neuen Gläubigers nur dann gemäß Satz 1 entgegensetzen, wenn das Bestehen der Einrede dem neuen Gläubiger zur Zeit des Hypothekenerwerbs bekannt war (**RG** Warn 1914 Nr 292) oder aus dem Grundbuch (A 3) oder bei der Briefhypothek aus dem Brief sich ergab (**RG** 81, 86) oder wenn der Eigentümer einen Widerspruch in das Grundbuch hat eintragen (KGJ 53, 222) oder bei der Briefhypothek auf dem Brief hat vermerken lassen. Der durch § 892 gewährleistete Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs schließt die Geltendmachung der Einreden des Eigentümers gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek (Grundschuld: A 2) nicht nur dann aus, wenn der Erwerber der Hypothek (Grundschuld) die den Einreden zugrunde liegenden Tatsachen nicht kannte, sondern auch dann, wenn er trotz Kenntnis der tatsächlichen Unterlagen infolge eines Rechtsirrtums der Meinung gewesen ist, daß der Hypothek (Grundschuld) eine Einrede nicht entgegenstehe (**RG** 91, 223; OLG 31, 349; § 1138 A 2 b). In **RG** 91, 224 wird aber ausgeführt: Bestand zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger einer Briefgrundschuld ein fiduziarisches Rechtsverhältnis dahin, daß die Grundschuld nur zur Sicherung einer Forderung gegen den Eigentümer dienen sollte, war dies dem neuen Gläubiger beim Erwerb der Grundschuld bekannt und wußte er auch, daß der bisherige Gläubiger nach Tilgung der Forderung zur Rückübertragung der Grundschuld an den Eigentümer verpflichtet war, so schließt seine irrtümliche Annahme, daß durch die auf sein Verlangen bewirkte Umschreibung der Grundschuld auf den bisherigen Gläubiger im Grundbuch der Mangel der vollen Verfügungsberechtigung des bisherigen Gläubigers beseitigt sei, seine Bösgläubigkeit nicht aus. Denn sein Rechtsirrtum betrifft nicht das Bestehen der Einrede des Eigentümers aus dem fiduziarischen Rechtsverhältnis, sondern die rechtlichen Wirkungen der auf den bisherigen Gläubiger erfolgten Grundschuldumschreibung hinsichtlich des Schutzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. — Die durch § 1157 Satz 2 angeordnete Einschränkung der Zulässigkeit der Einreden gilt nur für den Fall eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs des neuen Gläubigers. Ist die Hypothek kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung übertragen (§ 1156 A 1), so finden die im § 1157 Satz 2 genannten Vorschriften keine Anwendung. Der Eigentümer kann einem solchen neuen Gläubiger die Einreden gemäß § 1157 Satz 1 unbeschränkt entgegensetzen (§ 892 A 4). — § 891 ist nicht für anwendbar erklärt; es wird daher nicht vermutet, daß die eingetragene Einrede wirklich besteht.

§ 1158

Soweit [1]) die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen [2]) gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung [3]) Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406 bis 408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406 bis 408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen [4]).

E I 1090, 1112 II 1068; M 3 713, 714, 750; P 3 591; 4 604; 6 253.

1. Die Hypothek für Zinsen oder andere Nebenleistungen folgt den gleichen Regeln wie die Hypothek für die Kapitalforderung, soweit nicht durch besondere Vorschriften (vgl. §§ 1159, 1178) etwas anderes bestimmt ist (**RG** 72, 364; Warn 1915 Nr 85; HRR 1932 Nr 1657). Zu den besonderen Vorschriften gehört auch § 1158. **Soweit** die Forderung auf Zinsen usw. übertragen wird, gilt die Vorschrift des § 1158 also auch dann, wenn die Zinsforderung mit der Hauptforderung zusammen Gegenstand der Übertragung ist.

2. Über **„andere Nebenleistungen"**: § 1115 A 6.

3. Der Begriff **Übertragung** umfaßt sowohl die rechtsgeschäftliche Abtretung als auch den Übergang kraft Gesetzes und die Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1156 A 1). Soweit aber der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf Einwendungen gegenüber dem neuen Gläubiger Wirkungen äußert (A 4), greifen diese Wirkungen nur im Falle der rechtsgeschäftlichen Abtretung Platz. Die Form der Abtretung der durch Hypothek gesicherten Forderungen auf Zinsen oder andere Nebenleistungen ist verschieden, je nachdem es sich um rückständige oder noch nicht fällige Zinsen usw. handelt. Über Rückstände trifft § 1159 Bestimmung (dort A 2). Die Abtretung noch nicht fälliger Zinsen usw., mag sie auch diese allein betreffen, erfolgt ebenso wie die der Hauptforderung (**RG** 72, 364), bei Briefhypotheken also gemäß § 1154 Abs 1, 2 (schriftliche Abtretungserklärung oder Eintragung und Briefübergabe), bei Buchhypotheken gemäß § 1154 Abs 3 (Einigung und Eintragung). Im ersteren Falle ist der Stammbrief zu übergeben oder der Mitbesitz daran einzuräumen (§ 1152 A 2) oder ein über das abgetretene Zinsrecht hergestellter Teilhypothekenbrief (**RG** 86, 219; § 1152 A 4) zu übergeben (§ 1154 A 3). Ferner erfolgt auch die rechtsgeschäftliche Verpfändung sowie die Pfändung der Hypothek für noch nicht fällige Zinsen ebenso wie die Verpfändung und die Pfändung der Hypothek für die Hauptforderung. Nach § 1274 Abs 1 BGB ist also bei Briefhypotheken schriftliche Verpfändungserklärung (**RG** Gruch 49, 47) oder Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch und Übergabe des Hypothekenbriefs (unter Anwendung der §§ 1205, 1206), bei Buchhypotheken Einigung über die Pfandrechtsbestellung und Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Zur Pfändung gehört nach § 830 Abs 1 ZPO bei Briefhypotheken die Übergabe des Briefs, bei Buchhypotheken die Eintragung der Pfändung (**RG** 74, 83). — Wird eine verzinsliche Hypothekenforderung abgetreten ohne eine Erklärung über die Zinsen oder ohne Angabe des Tages, von dem ab die Zinsen auf den Erwerber übergehen sollen, so wird im Wege der Auslegung festzustellen sein, ob und von welchem Zeitpunkt ab die Zinsen mitübertragen worden sind. Die Eintragung der Abtretung wird das Grundbuchamt zur Wahrung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ablehnen dürfen, wenn Zweifel nach diesen Richtungen bestehen (KGJ 29 A 185; 40, 273; 46, 235; 51, 294; 53, 187). Solche Zweifel bestehen aber nicht, wenn mit der Hypothekenforderung die rückständigen, laufenden und künftigen Zinsen übertragen werden; in diesem Falle kann die Abtretung ohne Angabe des Zeitpunkts des Zinsübergangs eingetragen werden (JFG 6, 323; JW 1932, 3276[1]). Dasselbe gilt bei einem Übergang kraft Gesetzes durch Gesamtrechtsnachfolge (KGJ 50, 194) sowie dann, wenn bei einer bedingten oder befristeten Abtretung der Hypothek (§ 1154 A 1) das Zinsrecht (s. unten) an mehrere nacheinander Berechtigte übertragen wird (OLG 41, 177). Im Falle der Verpfändung erstreckt sich nach § 1289 Satz 1 das Pfandrecht ohne weiteres auch auf die Zinsen. Jedoch gilt dies nur dann, wenn dem verpfändenden Gläubiger nicht nur die Hauptforderung, sondern auch das Zinsrecht zusteht, da er andernfalls über das Zinsrecht nicht verfügen durfte. Deshalb kann der Grundbuchrichter auch für die Eintragung der Verpfändung einer Hypothek eine zweifelsfreie Erklärung darüber verlangen, ob und von welchem Zeitpunkt an die Zinsen mitverpfändet sind (KGJ 46, 240). Berechtigt ist dieses Verlangen aber nur für die Eintragung der Verpfändung einer Briefhypothek. Denn bei ihr ist zwar der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verpfändung der Hauptforderung auch maßgebend für den Beginn der Verpfändung der Zinsen, der Zeitpunkt der zur Verpfändung erforderlichen Übergabe des Hypothekenbriefs (§§ 1274, 1154) und damit des Beginns der Verpfändung der Zinsen ist aber aus dem Grundbuch nicht ersichtlich, so daß ohne eine bestimmte Erklärung Zweifel über diesen Zeitpunkt des Beginns sich ergeben können. Bei der Buchhypothek dagegen ergibt sich der Zeitpunkt der Mitverpfändung der Zinsen ohne weiteres daraus, daß der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verpfändung mit dem Zeitpunkt ihrer Eintragung zusammenfällt (§§ 1274, 1154 Abs 3, 873). Wird also die Verpfändung der Buchhypothek ohne besondere Bemerkung hinsichtlich der Zinsen eingetragen, so sind gemäß § 1289 Satz 1 die Zinsen seit der Eintragung der Verpfändung als mitumfaßt anzusehen (KGJ 53, 186). — Wird bei der Abtretung der Zinsfuß herabgesetzt, so handelt es sich insoweit um eine teilweise Aufhebung des hypothekarischen Rechts im Sinne der §§ 875, 1183; neben der Aufgabeerklärung des Gläubigers ist also die Zustimmung des Eigentümers und die Eintragung der Zinsherabsetzung erforderlich (**RG** 72, 365; HRR 1932 Nr 1657). Diese Eintragung ist „Löschung der Hypothek" im Sinne des § 27 Abs 1 GBO; dem Grundbuchamt muß daher die Zustimmungserklärung des Eigentümers in der Form des § 29 GBO beigebracht werden (**RG** 72, 362; RJA 4, 168; KGJ 27 A 48). — Streitig ist, ob das Zinsrecht (das Zinsbezugsrecht) oder das Recht auf andere Nebenleistungen ganz oder zum Teil für sich allein an einen anderen abgetreten oder, was dem gleichsteht, bei der Abtretung der Haupt-

forderung dem Abtretenden vorbehalten werden kann. Dies ist zu bejahen. Denn durch die Teilung des Gläubigerrechts wird das Zinsrecht oder das Recht auf Nebenleistungen nicht von der Forderung losgelöst, sondern bleibt von ihrem Bestande abhängig (RG 74, 81; 86, 219; KGJ 40, 274; 40, 275; 46, 240; 49, 218; 51, 290; 53, 188; OLG 41, 177; a. M. OLG 12, 130). Steht das Recht auf die künftigen Zinsen einem anderen als dem Gläubiger der Hauptforderung zu, so kann es gegen den Berechtigten selbständig gepfändet werden (RG 74, 81). Das Zinsrecht bleibt aber auch dann, wenn es einem anderen als dem Gläubiger der Hauptforderung zusteht, von dem Bestande der Hauptforderung rechtlich abhängig. Erlischt die Hauptforderung, so erlischt auch das abgetrennte Zinsrecht (KGJ 42, 270; 46, 236). Die Eigentümergrundschuld, in die sich die Hypothek beim Erlöschen der Forderung umwandelt, ist aber nach § 1177 Abs 1 Satz 2 auch in diesem Falle eine verzinsliche (§ 1178 A 3). Wird das Zinsrecht auf Lebenszeit abgetreten oder vorbehalten, so wird hierin regelmäßig die Bestellung eines Nießbrauchs an der Forderung zu erblicken sein (§§ 1038, 1069, 1076; RG 74, 83; 86, 220; KGJ 40, 275). Ist dies der Fall, so ist fortan die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet und folglich gemäß § 876 zu ihrer Löschung die Zustimmung des Nießbrauchsberechtigten erforderlich (RG 86, 220; JFG 2, 293). Ist dagegen die Hypothek nur in Ansehung der Hauptforderung abgetreten, das Recht auf den Bezug der künftigen Zinsen aber dem ursprünglichen Gläubiger verblieben, ohne daß eine Nießbrauchsbestellung vorliegt, ist mithin die Hypothek in eine solche über die Hauptforderung und eine Zinshypothek geteilt, so findet § 876 keine Anwendung. Dann ist der ursprüngliche Gläubiger nicht verpflichtet, zur Löschung der Hypothek über die Hauptforderung, zu der es seiner Zustimmung nicht bedarf, mitzuwirken. Der Erwerber der Stammhypothek kann über diese verfügen, insbesondere sie einziehen und ihre Löschung bewilligen, ohne daß er verpflichtet wäre, dem Hypothekenschuldner gleichzeitig auch eine Löschungsbewilligung über die selbständig gewordene Zinshypothek zu verschaffen (RG 86, 220). Auch wenn der Eigentümer eine aus einer verzinslichen Hypothek ihm zugefallene Eigentümergrundschuld unter Umwandlung in eine Hypothek für eine neue Forderung (§ 1198) an einen anderen abtritt, kann er sich das Zinsrecht (§ 1177 Abs 1 Satz 2) vorbehalten. Die Eigentümergrundschuld wird dann geteilt in eine Hypothek für die Hauptforderung des neuen Gläubigers und eine Grundschuld des Eigentümers für das Zinsrecht (KGJ 51, 290). Ist in solchem Falle die neue Forderung eine unverzinsliche und führt der Eigentümer nicht zugleich gemäß § 875 (KGJ 51, 290) die Löschung der Grundschuld für das Zinsrecht herbei, so wird anzunehmen sein, daß er sich das Zinsrecht vorbehält. Jedoch wird auch hier das Grundbuchamt vor der Eintragung der Umwandlung und der Abtretung eine bestimmte Erklärung darüber erfordern dürfen, ob die Grundschuld für das Zinsrecht mitabgetreten werden oder dem Eigentümer verbleiben soll (KGJ 51, 291). Will der abtretende Hypothekengläubiger sich den Nießbrauch (auf Lebenszeit) an der Hypothek vorbehalten, so kann er dies nicht in der Weise bewirken, daß er für sich den Nießbrauch bestellt. Denn niemand kann einen Vertrag mit sich selbst schließen und ein Recht für sich selbst an eigener Sache oder eigenem Recht begründen (§ 873 A 7a). Vielmehr ist erforderlich, daß er sich mit dem neuen Hypothekengläubiger über die Bestellung des Nießbrauchs einigt und daß die Eintragung des Nießbrauchs erfolgt (§§ 1069, 1154 Abs 3, 873). Wenn es sich um eine Briefhypothek handelt, ist nötig, daß er sich mit dem neuen Hypothekengläubiger einigt, daß dieser ihm den Hypothekenbrief wieder aushändigt und eine schriftliche Bestellungserklärung, die aber durch die Eintragung des Nießbrauchs ersetzt werden kann, abgibt (§§ 1069, 1154 Abs 1, 2, § 873; KGJ 51, 291). — In KGJ 42, 68 ist ausgeführt: Wenn eine Hypothek mit den Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt abgetreten sei, so könne der neue Gläubiger ohne Zustimmung des bisherigen Gläubigers wegen der früheren Zinsforderung die Hypothek löschen lassen sowie mit dem Eigentümer gemäß § 1180 Abs 1 die Ersetzung der Forderung durch eine neue bewirken; denn auch die frühere Zinsforderung sei von der Hauptforderung abhängig; durch die Löschung oder die Ersetzung der Hauptforderung werde aber diese und somit auch die Zinsforderung ohne weiteres von der Verbindung mit dem Grundstück gelöst. Gerade wegen dieser Loslösung ist aber die Zustimmung des alten Gläubigers erforderlich, weil der neue Gläubiger über einen ihm nicht zustehenden Teil der aus Hauptforderung und Zinsen sich zusammensetzenden Hypothekenforderung durch jene Maßnahmen verfügt (§ 1180 Abs 2); die Hypothek für die früheren Zinsen des alten Gläubigers besteht fort, bis sie nach § 1178 Abs 1, 2 erlischt. Es ist auch nicht etwa ohne weiteres anzunehmen, daß der alte Gläubiger bei einer derartigen Abtretung auf die früheren Zinsen verzichtet habe. Das BGB enthält keine Bestimmung, wonach das Recht auf solche früheren Zinsen (Zinsrückstände) bei der Abtretung nicht vom Hauptrecht getrennt, insbesondere nicht vom Abtretenden ausdrücklich oder stillschweigend für sich zurückbehalten werden könnte (RG Warn 1914 Nr 244). Wird eine verzinsliche Hypothek auf die Ehefrau des Grundstückseigentümers übertragen, so bleiben das Zinsrecht und die Zinsrechtshypothek für die Ehefrau bestehen, obwohl dem Eigentümer als Ehemann das Nutznießungsrecht an der Hypothek zusteht. Die Hypothek kann daher mit den Zinsen auf die Ehefrau im Grundbuch umgeschrieben werden (§ 889 A 1). Die Bestellung einer Hypothek für das Zinsrecht der Hypothekenforderung ist auch dann zulässig, wenn dem Grundstückseigentümer zugleich der Nießbrauch oder ein Nutznießungsrecht (als Ehemann oder Vater: §§ 1383, 1649) an der Forderung zusteht (§ 1113 A 5 a. E.).

4. Die Vorschriften des § 1158 betreffen das **Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger** nur für den Fall der Übertragung noch nicht fälliger Zinsen usw., gleichviel ob die Hauptforderung mit den Zinsen oder diese allein (A 3) übertragen worden sind. Für das Rechtsverhältnis bei der Übertragung rückständiger Zinsen usw. gilt § 1159. Sind noch nicht fällige Zinsen übertragen, so gibt § 1158 Bestimmungen über Einreden, die der Eigentümer gegenüber der die übertragenen Zinsen betreffenden dinglichen Klage des neuen Gläubigers (§ 1156 A 2) erheben kann. Bei der Zinsenschuldklage gegen den persönlichen Schuldner sind ausschließlich die §§ 404—411 maßgebend (**RG** Warn 1914 Nr 245). Von entscheidender Bedeutung ist bei der dinglichen Klage der Zeitpunkt, in dem **der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt hat.** Werden von dem neuen Gläubiger Zinsen usw. verlangt, **die nicht später als in dem Kalendervierteljahr der Kenntniserlangung oder dem folgenden Vierteljahre,** also entweder schon vor der Kenntniserlangung oder doch in diesem Halbjahr **fällig** geworden sind (gleichgültig, ob sie im voraus oder nachträglich und für welchen Zeitraum sie zu entrichten sind; a. M. OLG 4, 73), so kann ihm der Eigentümer bezüglich dieser Zinsen zunächst alle bereits zur Zeit der Übertragung gegen den bisherigen Gläubiger begründeten **Einwendungen nach den §§ 404, 1157** entgegensetzen (z. B. Vorauszahlungen an den bisherigen Gläubiger auf die Zinsen des Halbjahrs), **ohne daß sich der neue Gläubiger auf die Vorschriften des § 892,** also auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs, **berufen kann.** Ferner aber kann der Eigentümer bei diesen Zinsen, anders als bei der übertragenen Hauptforderung (§ 1156 A 3), auch Einwendungen erheben nach Maßgabe der **Vorschriften der §§ 406 bis 408,** also auf Grund der dort bezeichneten Ereignisse, die nach der Übertragung eingetreten sind, ohne daß auch hier dem neuen Gläubiger der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zur Seite steht. Der Eigentümer ist also namentlich befugt, mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung aufzurechnen (§ 406) sowie eine Leistung, die er an den bisherigen Gläubiger bewirkt hat, oder ein Rechtsgeschäft, das zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger vorgenommen worden ist, dem Klaganspruch entgegenzusetzen (§ 407 Abs 1; **RG** Warn 1914 Nr 245). Die genannten Vorschriften machen aber die Zulässigkeit der Einwendungen nach gewissen Richtungen davon abhängig, daß der Einwendende (dort der Schuldner) von der Übertragung keine Kenntnis hatte. Soweit diese Voraussetzung nicht zutrifft (z. B. wenn der Eigentümer, als er eine Zahlung auf die Zinsen an den bisherigen Gläubiger leistete, bereits Kenntnis von der Übertragung hatte), kann der Eigentümer dem neuen Gläubiger die Einwendungen aus §§ 406—408 bezüglich der hier fraglichen Zinsen nicht entgegensetzen (**RG** Warn 1914 Nr 245). § 405 (Ausschluß des Einwandes des Scheines im Falle der Abtretung unter Vorlegung der Schuldurkunde) ist im § 1158 nicht erwähnt, findet aber trotzdem Anwendung, da er nur eine Einschränkung der im § 404 zugelassenen Einwendungen enthält (OLG 29, 384). — Klagt dagegen der neue Gläubiger übertragene Zinsen ein, die nach dem vorbezeichneten Halbjahr fällig geworden sind, so kann ihm der Eigentümer bezüglich dieser Zinsen Einwendungen aus Rechtshandlungen mit dem bisherigen Gläubiger weder gemäß §§ 404, 1157 noch gemäß §§ 406—408 entgegensetzen. Nur dann wären solche Einwendungen möglich, wenn die sie begründenden Tatsachen dem neuen Gläubiger zur Zeit des Erwerbs der Zinsforderung bekannt waren oder aus dem Grundbuch oder bei der Briefhypothek aus dem Brief sich ergaben. Dies folgt nicht aus § 1158, wohl aber aus den §§ 892, 1138, 1140, 1156, 1157. Für diese Zinsen gilt also dasselbe wie für die übertragene Hauptforderung. — Die Berufung auf die §§ 891, 893 und die Anwendung der §§ 894—899 werden durch § 1158 nicht beschränkt.

§ 1159

Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen [1]) gerichtet ist, bestimmt sich die Übertragung [2]) sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger [3]) nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften [2]). Das gleiche gilt für den Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet [4]),

Die Vorschriften des § 892 finden auf die im Abs 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung [3]).

E I 1090, 1112, 1121 II 1069; M 3 713, 750, 760; P 3 591, 653; 4 604.

1. Die Hypothek für Zinsen oder andere Nebenleistungen folgt den gleichen Regeln wie die Hypothek für die Kapitalforderung, soweit nicht durch besondere Vorschriften (vgl. §§ 1158, 1178) etwas anderes bestimmt ist (**RG** 72, 364; Warn 1915 Nr 85; JW 1916, 485[5]). Zu den besonderen Vorschriften gehört § 1159. **Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen** (§ 1115 A 6) sind solche Zinsen usw., die zur Zeit der Übertragung bereits fällig sind, bei denen also der Termin für ihre Fälligkeit vorübergegangen ist, ohne daß der Anspruch auf sie getilgt wurde oder sonst erlosch (**RG** 91, 301; JW 1911, 953[3]; RJA 12, 145). Form und Wirkungen der Übertragung noch

nicht fälliger Zinsen usw. sind erörtert in § 1158 A 3, 4. Weitere Sondervorschriften für die im § 1159 erwähnten Forderungen enthalten § 1160 Abs 3 (Urkundenvorlegung), § 1178 (Eigentümerhypothek).

2. Während das hypothekarisch gesicherte Zinsrecht auf die künftig fällig werdenden Zinsen nur unter denselben Erfordernissen wie die Hypothekenhauptforderung (§ 1154) übertragen werden kann (RG JW 1916, 485[5]; § 1158 A 3), erfolgt die **Übertragung** der Zinsrückstände usw. **nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden Vorschriften** der §§ 398 ff., also durch formlosen Vertrag, gleichviel ob es sich um eine Buch- oder eine Briefhypothek handelt. § 1154 findet hier also keine Anwendung (RG 88, 163). Die Eintragung der Übertragung ist unzulässig. Denn das dingliche Hypothekenrecht besteht zwar auch für Zinsrückstände, aber aus den §§ 1145 Abs 2, 1159, 1160 Abs 3, 1178 ist zu entnehmen, daß die Verfügung über sie (z. B. auch ein Rangrücktritt: RJA 12, 150) nicht nach sachenrechtlichen, sondern nach schuldrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat (OLG 15, 338; RJA 12, 146). In RG 88, 160 ist jedoch angenommen, daß der Gläubiger einer Hypothek für Zinsrückstände einer anderen Hypothek den Vorrang mit dinglicher Wirkung einräumen könne, ohne daß es dazu der Eintragung der Rangänderung (§ 880 Abs 2 Satz 1) und der Zustimmung des Eigentümers (§ 880 Abs 2 Satz 2) bedürfe. Es wird abgelehnt, aus der Unmöglichkeit, eine Rangänderung der Hypothek für Zinsrückstände einzutragen, die Folgerung zu ziehen, daß eine solche Rangänderung eben unmöglich sei. Vielmehr wird wegen jener Unmöglichkeit der Wegfall des Eintragungsgrundsatzes für diesen Fall angenommen und die Zustimmung des Eigentümers nicht für erforderlich erachtet, weil der gesetzgeberische Grund für dieses Erfordernis, nämlich die Rücksichtnahme auf eine Schädigung, die sich für den Eigentümer aus dem Rangrücktritt bei einer Hypothek in den Fällen ergeben könne, in denen er die Rechte auf Grund der §§ 1143, 1164, 1168, 1170 ff. erwerbe, bei der Hypothek für Zinsrückstände nach § 1178 nicht zutreffe. Diese Begründung ist aber abzulehnen. Da die durch Hypothek gesicherte Forderung auf Zinsrückstände, auch soweit die Hypotheksicherung in Betracht kommt, schuldrechtlichen, nicht sachenrechtlichen Grundsätzen unterliegt, ist bei einer solchen Hypothek eine Rangänderung mit dinglicher Wirkung nach § 880 nicht möglich. Der Rang kann nur durch schuldrechtliches Rangänderungsabkommen mit lediglich schuldrechtlicher Wirkung zwischen den an dem Abkommen Beteiligten geändert werden. Wenn daher z. B. der Gläubiger einer Hypothek für Zinsrückstände einer nachstehenden Hypothek den Vorrang einräumt und dann seine Hypothek an einen Dritten abtritt, so hat die Vorrangseinräumung gegenüber dem dritten Erwerber keine Wirkung. Der Erwerber behält vielmehr den Rang, der sich aus der eingetragenen, die Zinsrückstände mitumfassenden Hypothek für die Hauptforderung ergibt, es sei denn, daß er in die Verpflichtung des Zedenten über Einhaltung der Rangänderung eingetreten ist (str.; a. M. RG 88, 160). — Unzulässig ist hier auch die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs. Wegen der öffentlichen Beglaubigung der Übertragung vgl. § 403. Die Mitübertragung der Hypothek für die Forderung ist nicht gemäß § 1153 Abs 2 notwendig. Ob sie als mitübertragen zu gelten hat, bestimmt sich nach § 401 (OLG 15, 338). Die Pfändung und Überweisung regeln §§ 830 Abs 3, 837 Abs 2 ZPO entsprechend (RG 74, 83; RJA 12, 149). Die Verpfändung erfolgt nach § 1274 Abs 1 BGB ebenso wie die Übertragung, also durch formlosen Verpfändungsvertrag; nach §§ 1279, 1280 ist aber weiter die Anzeige des Gläubigers an den Schuldner von der Verpfändung erforderlich.

3. Auf das **Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger**, also bezüglich der Einwendungen, die dem Eigentümer gegenüber der die abgetretenen Zinsrückstände usw. betreffenden Klage des neuen Gläubigers (§ 1158 A 4) zustehen, kommen nicht die §§ 1156, 1157, sondern ebenso wie bei der Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner die §§ 404—411 zur Anwendung (OLG 15, 337; RJA 12, 148). **Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892)** kann sich der Gläubiger gegenüber diesen Einwendungen gemäß Abs 2 **nicht berufen** (RG 88, 162). Daher kann z. B. im Falle der Abtretung einer Hypothek mit Zinsen der Erwerber sich wegen des Erwerbs der Hypothek für Zinsrückstände nicht auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs berufen, wenn diese Hypothek gemäß § 1178 Abs 1 Satz 1 dadurch erloschen ist, daß die fällig gewesene Zinsforderung durch Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person untergegangen ist (OLG 34, 216). — Die Forderung bleibt auch in der Hand des neuen Gläubigers eine Forderung auf rückständige Zinsen (neben dem Kapital zu entrichtende Leistungen). Das ist besonders für ihre Befriedigung aus dem Grundstück bei dessen Zwangsversteigerung nach § 10 Nr 4 ZVG von Bedeutung (RG 91, 301). — Die Berufung des neuen Gläubigers auf die Vermutung nach § 891 kommt nicht in Frage, da der neue Gläubiger hinsichtlich der Zinsrückstände nicht eingetragen wird (str.).

4. Wegen der hier mit den Zinsrückständen gleichgestellten **Kosten** der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung (§ 1118) vgl. § 1118 A 3, 4, 5.

§ 1160

Der Geltendmachung der Hypothek kann, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist [1]), widersprochen werden [2]), wenn der

Gläubiger nicht den Brief vorlegt [3]; ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so sind auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorzulegen [4].

Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn der Gläubiger die nach Abs 1 erforderlichen Urkunden nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung oder die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist [5].

Diese Vorschriften gelten nicht für die im § 1159 bezeichneten Ansprüche [6].

E I 1117, 1118, 1121, 1123 II 1065; M 3 757, 758, 762; P 3 663.

1. Eine **Geltendmachung der Briefhypothek** (auf die Buchhypothek bezieht sich § 1160 nicht), also eine Verfolgung des dinglichen Anspruchs aus der Hypothek (wegen der persönlichen Forderung vgl. § 1161), findet im Sinne des § 1160 nicht nur dann statt, wenn der Gläubiger die dingliche Klage (§ 1147 A 4) erhebt, sondern auch dann, wenn er außergerichtlich seine Befriedigung betreibt (§ 1150 A 1), z. B. aufrechnen will (OLG 12, 305), oder wenn er wegen Gefährdung der Sicherheit Maßregeln nach §§ 1133—1135 ergreift. Bezüglich der Kündigung und der Mahnung gibt Abs 2 besondere Bestimmungen. Nicht anwendbar ist § 1160, wenn der Hypothekengläubiger gegen den Besitzer des Hypothekenbriefs den Anspruch auf Herausgabe geltend macht. Dabei braucht er nur sein Gläubigerrecht darzutun, da sich dann sein Eigentum an dem Hypothekenbrief aus § 952 ergibt und sein Anspruch als ein solcher des Eigentümers nach § 985 darstellt (**RG** Warn 1917 Nr 56).

2. Von einem jeden **kann widersprochen werden**, gegen den sich die Geltendmachung richtet, also nicht nur von dem Eigentümer, der auf Befriedigung belangt wird, sondern z. B. auch von demjenigen, den der Gläubiger gemäß § 894 auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs in Anspruch nimmt oder gegen den der Gläubiger wegen Beeinträchtigung seines Hypothekenrechts klagt. Doch kann unter besonderen Umständen das Widerspruchsrecht entfallen, wenn seine Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen würde (**RG** HRR 1930 Nr 1926: bei einer zu Unrecht gelöschten Hypothek war der alte Brief für kraftlos erklärt und vernichtet, ein neuer Brief mangels Wiedereintragung der Hypothek noch nicht erteilt; der auf Wiedereintragung in Anspruch genommene Eigentümer berief sich trotz Kenntnis des Gläubigerrechts des Klägers und der Unmöglichkeit einer eigenen Gefährdung auf § 1160; damit wurde er nicht gehört). Soweit der Widerspruchsberechtigte ein Recht auf Aushändigung des Briefs hat, z. B. im Falle des § 1144 (Befriedigung Zug um Zug gegen Aushändigung: § 1144 A 2), bleibt dieses Recht neben dem Widerspruchsrecht bestehen.

3. Da der Geltendmachung widersprochen werden kann, **wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt,** so ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der Widerspruchserhebung, daß der zum Widerspruch Berechtigte die Vorlegung verlangt und der Gläubiger darauf die Vorlegung unterlassen hat (**RG** 55, 226; 57, 348; JW 1911, 327[22]). Die Rechtshandlung, mit der die Hypothek geltend gemacht wird, ist also nicht von vornherein unwirksam, wenn bei ihrer Vornahme nicht sogleich der Brief vorgelegt wird. Soweit es sich um die gerichtliche Geltendmachung handelt, gehört insbesondere die Vorlegung (abgesehen vom Urkundenprozeß: §§ 592, 593 Abs 2 ZPO) nicht zur Begründung der Klage (**RG** 55, 226; 56, 416; 57, 348). Daher kann ein Versäumnisurteil erlassen werden, auch wenn der Brief nicht vorgelegt wird. Hat der Widerspruchsberechtigte die Vorlegung verlangt, so ist dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Vorlegung zu gewähren, namentlich im Rechtsstreit sein Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins zum Zwecke der Vorlegung gerechtfertigt. Denn er braucht den Brief nicht immer bei sich zu tragen und darf das Verlangen auf Vorlegung abwarten (**RG** 55, 228). Anders liegt die Sache natürlich, wenn bereits feststeht, daß der Gläubiger den Brief nicht vorlegen kann oder will (**RG** 55, 228; 68, 389). Kommt der Gläubiger dem Verlangen auf Vorlegung nicht rechtzeitig nach, so hat die Erhebung des Widerspruchs die Wirkung, daß die Geltendmachung der Hypothek unzulässig und somit die betreffende Rechtshandlung unwirksam wird. Deshalb ist insbesondere im Falle der gerichtlichen Geltendmachung die Klage abzuweisen, nicht etwa der Gegner Zug um Zug gegen Vorlegung des Briefs zu verurteilen (**RG** 55, 224). Die Vorlegung hat nach dem Wortlaut des § 1160 an dem Ort zu erfolgen, an dem die Hypothek geltend gemacht wird. Die nur auf die Fälle der §§ 809, 810 sich beziehende Vorschrift des § 811 (Vorlegung an dem Ort, an welchem die vorzulegende Sache sich befindet) ist hier nicht anwendbar (str.). — Das Recht zum Widerspruch ist ein selbständiges Recht, das seine Grundlage lediglich darin findet, daß der Brief nicht vorgelegt wird. Daher geht der Widersprechende durch Erhebung des Widerspruchs seiner ihm nach den materiellen Rechtsverhältnissen zustehenden Einwendungen gegen die Geltendmachung der Hypothek, insbesondere gegen das Gläubigerrecht des das hypothekarische Recht Verfolgenden, in keiner Weise verlustig. Wenn z. B. im Falle der gerichtlichen Geltendmachung der Kläger dem Verlangen der Briefvorlegung nachgekommen ist, kann der Beklagte immer noch einwenden, der Kläger sei trotz des Briefbesitzes nicht wahrer Gläubiger, weil er den Brief nicht von dem früheren Gläubiger übergeben erhalten, sondern sich widerrechtlich angeeignet habe (**RG** 56, 414). Für die

Kosten des Rechtsstreits im Falle nachträglicher Briefvorlegung kommt § 94 ZPO in Betracht. — Zur Erwirkung der Vollstreckungsklausel auf Grund einer vollstreckbaren notariellen Urkunde berechtigt nicht die Innehabung des zu vollstreckenden Anspruchs als solchen, sondern der Umstand, daß nach dem Inhalt des Titels derjenige, für den die Vollstreckungsklausel erteilt werden soll, als die zur Betreibung der Zwangsvollstreckung legitimierte Person erscheint. Der Notar ist daher nicht befugt, vor der beantragten Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde über die Bestellung einer Grundschuld die Vorlegung des Grundschuldbriefs zum Nachweise der materiellen Berechtigung des Antragstellers zu verlangen (JFG 7, 51). Dagegen ist in JFG 8, 348 angenommen, daß das Grundbuchamt, wenn es die vollstreckbare Ausfertigung wegen einer Briefhypothek erteilen soll, die Vorlegung des Briefs selbst dann zu fordern hat, wenn der Schuldner für sich und seine Rechtsnachfolger auf die Rechte des § 1160 gegenüber dem Gläubiger verzichtet hat (A 5).

4. Die **im § 1155 bezeichneten Urkunden**, die außer dem Hypothekenbrief (A 3) vorzulegen sind, wenn der Gläubiger zur Zeit der Geltendmachung der Hypothek im Grundbuch nicht eingetragen ist, sind die in einer zusammenhängenden Reihe auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen usw. (§ 1155 A 2, 4, 5), aus denen sich das Gläubigerrecht des Briefbesitzers ergibt. Daß die Vorlegung von privatschriftlichen Abtretungserklärungen nicht genügt, folgt aus dem Wortlaut des § 1160 sowie daraus, daß nur beim Vorliegen der Urkunden in öffentlich beglaubigter Form der Briefbesitzer gemäß § 1155 in Ansehung der Vorschriften der §§ 891—899 einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger gleichgestellt ist (§ 1155 A 2).

5. Für den Fall der Geltendmachung der Briefhypothek **gegenüber dem Eigentümer** durch **Kündigung** (Wesen und Voraussetzungen: § 1141 A 1) **oder Mahnung** schränkt Abs 2 das Widerspruchsrecht des Eigentümers ein. Wenn er die Vorlegung des Briefs und, falls der Gläubiger nicht eingetragen ist, auch die Vorlegung der im § 1155 bezeichneten Urkunden verlangt und der Gläubiger diesem Verlangen nicht nachkommt, so muß der Eigentümer die Kündigung oder die Mahnung **aus diesem Grunde unverzüglich**, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121), **zurückweisen.** Nur unter diesen Voraussetzungen wird die Kündigung oder die Mahnung unwirksam (**RG** 57, 348). Die unverzügliche Zurückweisung muß im Rechtsstreit, wie aus dem Wort „wenn" sich ergibt, der Eigentümer beweisen. Vgl. die ähnlichen Vorschriften in §§ 111 Satz 2, 174 Satz 1, 182 Abs 3, 410 Satz 2, 1831 Satz 2, die ebenso wie § 1160 dem Schutz der Beteiligten dienen sollen (**RG** 74, 268). Aber auch wenn jene Voraussetzungen nicht vorliegen oder der Eigentümer die Vorlegung des Briefs usw. überhaupt nicht verlangt hat, kann er doch, falls demnächst die Hypothek ohne Vorlegung des Briefs gerichtlich geltend gemacht wird, noch das Widerspruchsrecht gemäß Abs 1 ausüben (**RG** 57, 349). Im übrigen ist eine Kündigung oder Mahnung überhaupt nur dann wirksam, wenn der Eigentümer erkennen kann, daß sie vom Gläubiger ausgeht. Daher erfordert z. B. die Kündigung eines Zessionars zu ihrer Wirksamkeit mindestens die Anzeige, daß die Hypothek an den Kündigenden übertragen sei (**RG** Warn 1908 Nr 32). — Da das Gesetz dem Eigentümer, in den Fällen des Abs 1 auch dem sonstigen Widerspruchsberechtigten (A 2) es überläßt, ob er das Widerspruchsrecht ausüben will oder nicht, so kann er jedenfalls für seine Person auch auf das Widerspruchsrecht im voraus wirksam verzichten. Streitig ist, ob der Eigentümer auch mit Wirksamkeit für seine Rechtsnachfolger darauf verzichten kann und ob dieser Verzicht eintragungsfähig ist. Dies ist zu bejahen, und zwar nicht nur für den Fall des Abs 2 (**RG** 57, 342; RJA 1, 34), sondern auch für den Fall des Abs 1 (a. M. RJA 1, 36). Ein Unterschied zwischen beiden Fällen ist nicht zu finden (**RG** 57, 345). Die Bejahung rechtfertigt sich daraus, daß in beiden Fällen das Gesetz die Geltendmachung der Hypothek ohne Vorlegung des Briefs usw. an sich zuläßt und die Ausübung des Widerspruchsrechts in das Belieben des Widerspruchsberechtigten stellt. Wenn also auch sonst im Sachenrecht keine Vertragsfreiheit besteht, so ist doch gerade die Vorschrift des § 1160 nicht als eine zwingende, zum Wesen der Hypothek gehörende, sondern als eine mehr äußerliche, der Parteivereinbarung unterliegende Einschränkung der Geltendmachung des Hypothekenrechts anzusehen. Die Beseitigung dieser Einschränkung durch Parteivereinbarung ist als eine Abänderung der nach dem Gesetz nur mangels anderer Abrede geltenden Befriedigungsbedingungen aufzufassen, deren Eintragung (**RG** 57, 349; RJA 1, 166) zulässig ist (RJA 12, 149; 12, 151). Verzichtet freilich der Eigentümer nur für seine Person auf das Widerspruchsrecht, so ist ein solcher Verzicht nicht eintragungsfähig, da es sich nur um das Aufgeben eines persönlichen Rechts handelt (OLG 10, 420).

6. Der Geltendmachung der Hypothek kann gemäß Abs 3 weder nach Abs 1 noch nach Abs 2 widersprochen werden, wenn die Geltendmachung lediglich Forderungen auf **rückständige Zinsen oder andere Nebenleistungen oder** auf **Kosten (§ 1159)** zum Gegenstande hat. Vgl. aber für den Fall, daß der Gläubiger nicht eingetragen ist, § 410 in Verbindung mit § 1159 Abs 1 Satz 1.

§ 1161

Ist der Eigentümer der persönliche Schuldner, so finden die Vorschriften des § 1160 auch auf die Geltendmachung der Forderung Anwendung [1].

E I 1120 II 1066; M 3 760; P 3 665.

1. Nur wenn der **Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist** (d. h. gegenwärtig ist, wenn auch nicht ursprünglich), kann er nach § 1160 Abs 1 der Geltendmachung der durch Briefhypothek gesicherten persönlichen Forderung, insbesondere der gerichtlichen Geltendmachung durch Schuldklage, widersprechen und im Falle der Kündigung oder der Mahnung ein Widerspruchsrecht gemäß § 1160 Abs 2 ausüben, sofern der Brief und, falls der Gläubiger nicht eingetragen ist, auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden nicht vorgelegt werden. Diese Rechte stehen ihm aber auch hier nicht zu, wenn die Geltendmachung auf Rückstände an Zinsen usw. oder auf Kosten (§ 1159) sich beschränkt (§ 1160 Abs 3). Dem persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer ist, stehen hinsichtlich der in Betracht kommenden Urkunden nur die schuldrechtlichen Befugnisse aus §§ 371 (Quittung, Rückgabe der Schuldurkunde), 410 (Aushändigung der Abtretungsurkunde), 810 (Einsichtnahme) zu. Auf Briefgrundschulden findet § 1161 mangels einer Forderung (§ 1192) keine Anwendung.

§ 1162

Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden [1].

E I 1123 II 1067; M 3 762; P 3 666.

1. Die im § 1162 (vgl. auch § 136 ZVG) für zulässig erklärte **Kraftloserklärung des abhandengekommenen** (d. h. dem unmittelbaren Besitzer ohne seinen Willen oder ohne sein Zutun verloren gegangenen: **RG** 101, 225) **oder vernichteten Hypothekenbriefs** (Grundschuld-, Rentenschuldbriefs: §§ 1192, 1199) **im Wege des Aufgebotsverfahrens** erfolgt gemäß ZPO §§ 946—959, 1003—1018 und den auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften über die Veröffentlichung und die Aufgebotsfrist. Mit der Erlassung des (nach § 957 ZPO nur durch Anfechtungsklage anfechtbaren) Ausschlußurteils verliert der Brief für und gegen alle seine Kraft. Wenn er etwa wieder zum Vorschein kommt, können auf Grund seiner Besitzerlangung auch Gutgläubige keine Rechte an der Hypothek erwerben (M 3, 763; KGJ 45, 298). Das Urteil für sich allein ersetzt gemäß § 1018 Abs 1 ZPO den Brief, soweit (z. B. in den Fällen der §§ 1160, 1161) dessen Vorlegung zur Geltendmachung des Hypothekenrechts oder der persönlichen Forderung gegen den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner erforderlich ist (Prot 3, 666). Dabei ist vorausgesetzt, daß derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat (§ 1004 Abs 2 ZPO), eingetragener Gläubiger ist oder sein Gläubigerrecht nachweist (RJA 8, 158). Ebenso genügt die Vorlegung des Urteils zur Löschung der Hypothek (§ 42 Abs 2 Satz 2 GBO; M 3, 763; KGJ 45, 296). Soll dagegen die Hypothek übertragen oder belastet werden, so muß ein neuer Brief hergestellt werden, da zum Erwerb der Hypothek oder des Rechts daran die Briefübergabe erforderlich ist; die Übergabe des Ausschlußurteils ist nicht genügend (KGJ 45, 296; OLG 38, 11; vgl. auch bezüglich der Eintragung § 42 Abs 2 Satz 1 GBO). Die Übergabe kann aber auch in diesem Falle durch eine Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 (Berechtigung des Erwerbers, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen) ersetzt werden (§ 1154 A 3). In den Fällen der Befriedigung des Gläubigers nach Maßgabe der §§ 1144, 1145, 1167 kann der Befriedigende Aushändigung oder Vorlegung des neuen Briefs verlangen. Die Herstellung des neuen Briefs erfolgt gemäß §§ 67, 68 GBO. Dabei ist es nach dem Wesen der Kraftloserklärung ohne Belang, ob das Urteil von dem Vorlegenden und die Brieferneuerung Beantragenden selbst oder von einem Dritten erwirkt war. Wenn das Urteil auf Antrag eines Dritten ergangen ist, braucht dieser seine Rechte aus dem Urteil dem Vorlegenden auch nicht abgetreten zu haben (KGJ 45, 298). Erwirkt jemand nach Erlaß des Ausschlußurteils die Pfändung einer Hypothek, die der Pfändungsschuldner von dem eingetragenen Gläubiger durch Abtretung erworben haben soll, und beantragt nunmehr der Pfändungsgläubiger beim Grundbuchamt die Aushändigung des neu zu erteilenden Hypothekenbriefs, so muß er, auch wenn er das Ausschlußurteil vorlegt, dem Grundbuchamt nachweisen, daß die Hypothek gemäß § 1154 Abs 1 von dem Pfändungsschuldner erworben, insbesondere daß diesem der Hypothekenbrief übergeben worden ist. Die Vorschrift des § 1117 Abs 3, wonach vermutet wird, daß die Übergabe erfolgt sei, wenn der Gläubiger im Besitz des Briefs ist, findet auf den Besitz des Ausschlußurteils nicht dahin Anwendung, daß zu vermuten wäre, der Pfändungsschuldner habe den Hypothekenbrief von dem eingetragenen Gläubiger übergeben erhalten (RJA 15, 319). Auch ein zerstörter Brief, der zur Zeit der Zerstörung sich beim Grundbuchamt befunden hat, ist ein vernichteter Brief im Sinne des § 1162. Auch er kann also für kraftlos erklärt werden. Denn § 1162 unterscheidet nicht, unter welchen Umständen und von wem die Vernichtung erfolgt ist (str.). Dagegen ist ein Brief nicht als vernichtet anzusehen, wenn er vom Grundbuchamt

gemäß § 69 GBO unbrauchbar gemacht worden ist. Das gilt auch dann, wenn die Unbrauchbarmachung versehentlich erfolgt ist. Denn bei der Unbrauchbarmachung wird der Brief nicht gänzlich zerstört (KGJ 48, 228). Wird nach §§ 1170, 1171 der unbekannte Gläubiger der Hypothek ausgeschlossen, so wird auch der Brief kraftlos (§ 1170 Abs 2 Satz 2; § 1171 Abs 2 Satz 2).

§ 1163

Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist [1], nicht zur Entstehung gelangt [2], so steht die Hypothek [3] dem Eigentümer zu [4]. Erlischt die Forderung [5], so erwirbt der Eigentümer [6] die Hypothek [3].

Eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Übergabe des Briefes [3] an den Gläubiger dem Eigentümer zu [7].

E I 1092, 1094, 1097 II 1070; M 3 720, 729, 733; P 3 591, 604.

1. Die Vorschriften des § 1163 sind zwingendes Recht. Sie können also nicht durch Vereinbarung mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen oder geändert werden (JW 1933, 64²; A 4). Erste Voraussetzung für ihre Anwendung ist, daß eine **Hypothek bestellt ist.** Nach §§ 873, 1113 muß also nicht nur eine Hypothek als solche im Grundbuch eingetragen sein, sondern dieser Eintragung muß auch eine rechtsgültige Einigung zwischen dem bestellenden Eigentümer und dem Gläubiger über die Sicherung einer Forderung durch Hypothek zugrunde liegen. Ist dies nicht der Fall, so ist die Eintragung nichtig und besteht ein dingliches Recht überhaupt nicht (RG 106, 139), selbst wenn die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers, auf Grund deren (§ 19 GBO) die Hypothek eingetragen ist, an sich rechtswirksam ist. Dasselbe gilt, wenn zwar eine Einigung stattgefunden hat und auch die Einigungserklärung des Eigentümers rechtsgültig, aber die Einigungserklärung des Gläubigers (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit) nichtig oder (z. B. wegen Irrtums oder Betrugs) anfechtbar und angefochten ist (RG 68, 101; 70, 356; JW 1903 Beil 50¹¹³; RJA 4, 118; OLG 11, 114; 15, 339). Vgl. hierüber § 1177 A 1. Da in solchen Fällen die Hypothekeintragung nichtig ist, kann der Eigentümer ebensowenig wie sonst jemand durch Übertragung kraft Gesetzes (anders verhält es sich beim gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb gemäß §§ 892, 1138) ein hypothekarisches Recht daraus nach Maßgabe des § 1163 erlangen, mögen auch die weiteren Voraussetzungen des § 1163 hiefür gegeben sein (KGJ 53, 195). — Die Vorschriften des Abs 1 gelten auch für Sicherungshypotheken (§§ 1184, 1185), einschließlich Höchstbetragshypotheken (§ 1190), namentlich im Falle der Nichtentstehung (Abs 1 Satz 1) der gesicherten Forderungen (RG 62, 168; JW 1911, 277⁴). Vgl. jedoch über die Eigentümergrundschuld wegen Nichtentstehens der Forderung bei der Höchstbetragshypothek § 1190 A 1. Die Anwendung des Abs 2 auf diese Hypotheken kommt nicht in Frage, weil Sicherungshypotheken nur Buchhypotheken sein können (§ 1185 Abs 1). Bei Zwangs- und Arrest-Sicherungshypotheken (§§ 867, 932 ZPO) gilt daneben noch die Sonderbestimmung des § 868 ZPO (Erwerb durch den Eigentümer, wenn die zu vollstreckende Entscheidung aufgehoben, die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird usw.). Vgl. hierüber A 6. Für die Gesamthypothek geben die §§ 1172 bis 1175 besondere Bestimmungen. Auf die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, finden die Vorschriften des § 1163, wie überhaupt die Vorschriften über den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer (als Eigentümergrundschuld oder Eigentümerhypothek: § 1177), keine Anwendung, da nach § 1178 Abs 1 eine solche Hypothek im Falle ihrer Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person erlischt. Über die Unanwendbarkeit des § 1163 auf Hypothekvormerkungen vgl. § 883 A 8. — Für die in jährlichen Teilbeträgen zu tilgenden Hypotheken (Amortisationshypotheken) der landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten sind auf Grund des Vorbehalts im Art 167 EG nach Maßgabe der Satzungen häufig Ausnahmebestimmungen in Geltung. Sie gehen namentlich nach der Richtung, daß die Hypothekenforderung schon mit der Ausfertigung der Pfandbriefe (nicht erst mit ihrer Aushändigung oder der Zahlung des Verkaufserlöses an den Eigentümer) entsteht (JW 1932, 1579¹¹) und daß der Eigentümer erst nach völliger Tilgung des Kapitals oder doch nur auf Grund einer in gewissen Zeiträumen statthaften Aufrechnung eine Eigentümerhypothek erlangt (RG 27, 218; 64, 211; 74, 405; 104, 74; JW 1907, 702²; Warn 1915 Nr 196; KGJ 20 A 206, 319; 23 A 146; 53, 184; OLG 8, 6; 14, 116). Wenn dagegen derartige Hypotheken andern Gläubigern (z. B. einer Kreissparkasse) zustehen, gelten auch für sie die Vorschriften über die Eigentümerhypothek, insbesondere auch § 1163 Abs 1 Satz 2 hinsichtlich der entrichteten Tilgungsbeiträge, die nicht Nebenleistungen, sondern Teilzahlungen auf das Kapital sind (§ 1115 A 6; RG 54, 90; 89, 131; 91, 299; 104, 72; KGJ 24 A 246; 46, 238; 46, 266; OLG 6, 148; § 21 Abs 2 HypBankG v. 13. 7. 1899). Auch wenn die Tilgungsbeiträge nicht in bestimmten Summen, sondern in der Form von Zuschlägen zu den Zinsen oder sonst in Prozenten des ganzen Kapitals zu entrichten sind, gelangt bei der Amortisationshypothek eine Eigentümerhypothek nicht etwa

erst mit Beendigung des Schuldverhältnisses zur Entstehung. Die gegenteiligen Ansicht kann nicht damit begründet werden, daß wegen der Entrichtung der Beträge von dem ganzen Kapital die Forderung keine Zerlegung in einen getilgten und einen ungetilgten Teil zulasse. Denn in solchen Fällen gibt der Kapitalbetrag nur den Maßstab für die Höhe der jeweilig zu entrichtenden Tilgungsbeiträge ab. Durch die Zahlung der fälligen Beträge wird aber die Hypothekenforderung, soweit sie noch besteht, in Höhe der danach zu errechnenden Tilgungsbeiträge getilgt, da insoweit die Zahlung auf die Kapitalforderung erfolgt. Mithin tritt auch hier kraft Gesetzes die Folge des Übergangs des entsprechenden Teils der Hypothek auf den Eigentümer ein (RG 104, 72). Hieran kann auch eine bei der Bestellung der Hypothek getroffene Vereinbarung nichts ändern, daß die Zahlung der Tilgungsbeiträge nicht sofort zur Tilgung der Hypothekenforderung dienen, sondern daß die gezahlten Beiträge zunächst als besonderes Guthaben des Schuldners bis zur Erreichung des ganzen Kapitals oder eines bestimmten Teilbetrags aufzusammeln seien und erst dann, wenn das Guthaben zu gewisser Höhe gelangt sei, die Tilgung der Hypothekenforderung im Wege der Aufrechnung oder Verrechnung eintreten solle. Eine solche Vereinbarung hat keine dingliche Wirkung. Sie erstrebt nichts anderes als eine Ausschließung des § 1163 Abs 1 Satz 2, indem erreicht werden soll, den Übergang der Hypothek zu dem der Zahlung entsprechenden Teil auf den Eigentümer zunächst zu verhindern und erst stattfinden zu lassen, wenn die Zahlungen eine bestimmte Höhe erreicht haben. Dem steht aber entgegen, daß den Vorschriften des Sachenrechts die Natur der zwingenden Rechtsnorm innewohnt (RG 104, 72). Einen abweichenden Standpunkt nimmt allerdings KGJ 53, 184 ein zu einer Vereinbarung, nach der die Tilgungsbeträge dem Schuldner auf ein besonderes Amortisationskonto gutzuschreiben waren, der Gläubiger aber berechtigt sein sollte, das Guthaben auf rückständige Beträge der Hypothekenforderung zu verrechnen. Hier hat das Kammergericht angenommen: die Teilzahlungen seien zunächst nicht als auf die Hypothekenschuld geleistet anzusehen; erst wenn der Gläubiger aufrechne, werde insoweit die Hypothekenforderung getilgt und damit eine Eigentümergrundschuld zur Entstehung gebracht; anderseits sei die Vereinbarung der Verlautbarung im Grundbuch nicht zugänglich, weil sie sich nicht als eine die Hypothekenforderung betreffende Zahlungsbedingung darstelle. Die Entscheidung ist im Ergebnis und in der Begründung bedenklich. Denn jede solche Vereinbarung kann nur schuldrechtliche Wirkung haben, etwa insofern, als sie den zahlenden Schuldner und Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verbindet, erst dann den durch die gezahlten Tilgungsraten abgetragenen Hypothekenteil für sich in Anspruch zu nehmen, wenn sich der Übergang der Hypothek bis zu der festgesetzten Höhe vollendet hat (RG 104, 73). Im Anschluß hieran ist zu bemerken: In den Reglements der landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten finden sich vielfach Bestimmungen, wonach bei der Bestellung von Amortisationshypotheken die gezahlten, zu einem Amortisationsfonds gesammelten Tilgungsbeiträge mit dem Grundstück auf jeden neuen Eigentümer übergehen sollen. Bei den Hypotheken dieser Kreditanstalten sind solche Bestimmungen zulässig geblieben (Art 167 EG). Dagegen ist eine entsprechende Vereinbarung bei Amortisationshypotheken anderer Gläubiger unwirksam, da der Amortisationsfonds weder Zubehör (§ 97) noch Bestandteil (§ 96) des Grundstücks ist und die Folge der sachenrechtlichen Vorschriften, daß die durch die Zahlung der Tilgungsbeiträge auf den Eigentümer übergehende Teilhypothek dem Eigentümer verbleibt, auch wenn das Grundstück von einem neuen Eigentümer erworben wird, durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden kann (RG 104, 73). — Hinsichtlich der Hypotheken des früheren Rechts vgl. Artt 192, 194 EG und RG 48, 48; 51, 398; 54, 83; 60, 359; Gruch 47, 114; JW 1901, 239; KGJ 46, 265 (Preußen); OLG 26, 154 (Bayern), insbesondere hinsichtlich der Kautionshypotheken RG 52, 62; 52, 113; 52, 415; JW 1902 Beil 272[211]. — Auf Grundschulden findet Abs 1 keine Anwendung, auch wenn sie zur Sicherung von Forderungen bestellt sind (§ 1191 A 1; § 1192 A 1 Abs 3).

2. Die Forderung ist nicht zur Entstehung gelangt, wenn z. B. das durch die Hypothek zu sichernde Darlehn weder ausgezahlt noch durch Umwandlungsvereinbarung begründet worden ist (§ 607). Hat aber der Schuldner vereinbarungsgemäß mehr zurückzuzahlen als er empfangen hat und ist für die volle zurückzuzahlende Summe Hypothek bestellt (sog. Damnohypothek), so ist die Forderung, sofern nicht etwa Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (z. B. nach § 138 BGB) Platz greift, von vornherein zum eingetragenen Betrage entstanden, so daß für eine Eigentümerhypothek (Grundschuld) kein Raum vorhanden ist (RG HRR 1932 Nr 235). Dagegen liegen Fälle des § 1163 Abs 1 Satz 1 vor: wenn bei aufschiebend bedingter Forderung die Bedingung ausgefallen ist (§ 158; über die Verschiedenheit dieses Falles von der Bestellung einer bedingten Hypothek § 1113 A 2, 7); wenn das Rechtsgeschäft, aus dem die Forderung entspringen sollte, nichtig ist (z. B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten: RG 68, 101; 71, 435; JW 1909, 683[2]; 1912, 632[1]; 1912, 853[4]; oder wegen Nichterteilung der zur Gültigkeit erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts: RG JW 1911, 653[26]); wenn das Rechtsgeschäft (z. B. wegen Irrtums, Betrugs) anfechtbar und rechtzeitig angefochten ist (§§ 121, 124, 142). Bei den zuletzt erwähnten Fällen ist jedoch zu beachten, daß die Nichtigkeit (Anfechtbarkeit) nicht zugleich auch die Hypothekenbestellung selbst ergreifen darf (A 1; RG 68, 101). Wenn z. B. der Hypothekbestellung ein wucherisches Grundrechtsgeschäft zugrunde liegt, so ist nicht nur die gesicherte Forderung, sondern auch

die Hypothek nichtig; denn durch § 138 Abs 2 ist auch die „Gewährung" wucherischer Vermögensvorteile für nichtig erklärt (str.; RG 57, 97; JW 1906, 736[3]; 1913, 540[3]). Ist schenkungsweise die Zahlung einer Geldsumme und zugleich die Bestellung einer Hypothek für diese Forderung versprochen, ohne daß dabei die im § 518 Abs 1 vorgeschriebene Form beobachtet ist, und wird demnächst auf Bewilligung des Versprechenden (Grundstückseigentümers) die Hypothek eingetragen (und im Falle einer Briefhypothek der Hypothekenbrief dem Beschenkten übergeben), so ist die Rechtslage dahin zu beurteilen: Das Schenkungsversprechen ist zwar hinsichtlich der Hypothekbestellung im Sinne des § 518 Abs 2 vollzogen, so daß diese an sich rechtsgültig ist, zumal die dingliche Einigung über die Hypothekbestellung überhaupt keiner Form bedarf (RG 88, 370; Warn 1913 Nr 249). Eine Vollziehung hinsichtlich des Zahlungsversprechens ist aber nicht erfolgt, da insoweit nur die Zahlung selbst sich als die Bewirkung der versprochenen Leistung, durch die nach § 518 Abs 2 der Mangel der Form geheilt wäre, darstellen würde, nicht aber die Eintragung der Hypothek, die nur zur Sicherheit der Forderung aus dem Leistungsversprechen dienen soll. Daraus ergibt sich, daß die Forderung, für welche die Hypothek eingetragen ist, nach §§ 125, 518 Abs 1 nichtig ist und daß die Hypothek daher dem bestellenden Eigentümer (Schenkgeber) zusteht (RG 88, 369). Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nichtig, so tritt auch nicht etwa ein Bereicherungsanspruch, der sich aus der Nichtigkeit ergibt, an die Stelle jener Forderung in die Hypotheksicherheit ein (RG JW 1911, 653[26]). Im Zweifelsfalle ist aber für die Frage, ob gerade die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, zur Entstehung gelangt ist oder nicht, die Bezeichnung der Forderung im Grundbuch nicht unbedingt ausschlaggebend. Vielmehr kommt es darauf an, welche Forderung nach dem Inhalt der Einigung Gegenstand der Sicherung gewesen ist. Eine unrichtige Bezeichnung im Grundbuch wirkt weder zugunsten des Gläubigers noch zugunsten des Eigentümers (§ 1115 A 8). Die Beweislast für die Nichtentstehung der Forderung ist in § 1138 A 3 a erörtert. — Ist die Hypothek für eine Forderung bestellt, die noch nicht besteht, aber demnächst entstehen soll (z. B. bei Baugeldhypotheken häufig) und gelangt dann die Forderung nachträglich zur Entstehung, so geht die bisher als Grundschuld des Eigentümers (§ 1113 A 7) bestehende Hypothek nunmehr auf den als Gläubiger Eingetragenen als wirkliche Hypothek über (RG 51, 43; 60, 21; 61, 37; JW 1911, 277[4]; 1912, 402[24]; SeuffA 60 Nr 151; OLG 46, 2). Jedoch muß der Hypothekbesteller noch in der Lage sein, über die Hypothekenstelle zu verfügen. Ist er nicht mehr Eigentümer des Grundstücks, so kann durch die Entstehung der Forderung gegen ihn die bisherige Grundschuld nicht ohne weiteres zur Gläubigerhypothek werden; vielmehr bedarf es dazu der Einigung der Beteiligten mit dem neuen Eigentümer gemäß §§ 1198, 877, 873 (RG JW 1911, 277[4]). Da für die Festsetzung, zu welcher Zeit und in welcher Art die Forderung, insbesondere eine Darlehnsforderung durch Zahlung an den Eigentümer, zur Entstehung gebracht (die Hypothek valutiert) werden soll, im Gesetz keine Schranken gesetzt sind, kann die Forderung auch durch einen Zessionar zur Entstehung gebracht werden, wenn der als Gläubiger Eingetragene die (nicht valutierte) Hypothek an den Zessionar abgetreten hat auf Grund der zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer getroffenen Vereinbarung, daß der Zessionar die Forderung zur Entstehung bringen (die Hypothek valutieren) solle (§ 1113 A 7). Der Zessionar, der die Forderung zur Entstehung bringt und somit die Hypothek erwirbt, ist dann als der erste wahre Hypothekengläubiger anzusehen (RG Warn 1908 Nr 321; 1911 Nr 184; vgl. auch RG 106, 139).

3. Die Hypothek, die **nach Abs 1 Satz 1** oder nach **Abs 2 dem Eigentümer zusteht** oder **nach Abs 1 Satz 2 von ihm erworben wird,** ist in Wirklichkeit keine Hypothek, sondern nach § 1177 Abs 1 in der Hand des Eigentümers eine Grundschuld (RG 51, 44; 51, 116; 52, 9; 52, 339; 55, 264; 57, 211; 66, 288; 73, 174; 77, 108; 78, 409; 94, 8). Nur geht bei der Verwandlung der Hypothek in die Grundschuld gemäß § 1177 Abs 1 Satz 2 von der Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden ist, so viel auf die Grundschuld mit hinüber, daß in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend bleiben. Der Übergang auf den Eigentümer vollzieht sich kraft Gesetzes, ohne daß es einer rechtsgeschäftlichen Übertragung bedarf. In dem Augenblick, in dem die den Übergang und zugleich die Umwandlung bewirkende Tatsache (Nichtentstehung der Forderung, Erlöschen der Forderung, Nichtübergabe des über die eingetragene Hypothek gebildeten Briefs) vorliegt, ist das eingetragene dingliche Recht keine Hypothek des eingetragenen Gläubigers, sondern Grundschuld des Eigentümers (RG 94, 8; KGJ 20 A 190; 20 A 282; 26 A 147; 26 A 149; 28 A 289). Das Grundbuch ist unrichtig insofern, als danach der eingetragene Gläubiger der Inhaber und das eingetragene Recht eine Hypothek sein soll. Der Eigentümer kann von dem Buchgläubiger die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 verlangen. Von einem Nachweis des Eintritts der Tatsache hängt der Übergang (die Umwandlung) nicht ab. Durch einen solchen Nachweis wird nur dargetan, daß das eingetragene Recht bereits dem Eigentümer als Grundschuld gehört. Ist die Forderung z. B. durch Befriedigung des Gläubigers erloschen (A 5), so genügt zur Berichtigung des Grundbuchs, also zur Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer als Grundschuld, gemäß § 22 GBO eine in der Form des § 29 GBO ausgestellte Quittung des Gläubigers, worin er bekennt, Zahlung erhalten zu

haben, und zwar unter Nennung des Zahlenden (KGJ 20 A 190; 26 A 149; 28 A 138; 32 A 259; 40, 294; 52, 205; **RG** 73, 174; RJA 11, 63). Eine bloße Löschungsbewilligung des Gläubigers ist nicht genügend, weil er nicht mehr wahrer Berechtigter ist (RJA 8, 41; KGJ 32 A 259; 40, 296; 48, 186; 50, 221; 52, 206; § 1144 A 4). Im Falle der Pfändung der Hypothek und ihrer Überweisung zur Einziehung ist der Pfändungsgläubiger zwar zur Erteilung der Quittung über die an ihn ausgezahlte Forderung, aber nicht zur Löschungsbewilligung bezüglich der Hypothek befugt (§ 875 A 5). Alles dies bezieht sich jedoch nur auf die formellen Erfordernisse, die dem Grundbuchamt zur Vornahme der Umschreibung auf den Eigentümer nachzuweisen sind. Regelmäßig wird hier eine einseitige Erklärung des Gläubigers genügen (HRR 1933 Nr 199). Für den Prozeß ist folgendes zu beachten: Dem befriedigten Eigentümer, der auf Löschungsbewilligung klagt, kann von dem verklagten Gläubiger nicht entgegengehalten werden, daß ein Urteil auf Löschungsbewilligung nicht genüge, um bei dem Grundbuchamt die Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld herbeizuführen (**RG** 101, 234). Denn der Eigentümer ist berechtigt, statt der Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung auf ihn die Löschungsbewilligung von dem Gläubiger zu verlangen. Denn er ist zur Verfügung über die zur Grundschuld gewordene Hypothek befugt und gibt dadurch, daß er die Löschungsbewilligung verlangt, seine Einwilligung im Sinne des § 185 Abs 1 zu dieser dem Gläubiger an sich nicht zustehenden Verfügung über die Hypothek. Andrerseits ist der Buchgläubiger formellrechtlich in der Lage, die Löschungsbewilligung zu erklären, und wird nicht dadurch beschwert, daß er zur Bewilligung der Löschung statt zur Bewilligung der Umschreibung der Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer verurteilt wird (**RG** 101, 234; Gruch 58, 670). In der Regel wird übrigens bei der Verurteilung des Gläubigers zur Löschungsbewilligung auch der Klagegrund, daß er durch den Eigentümer befriedigt sei, festgestellt werden. Dann wird das rechtskräftige Urteil (§ 894 ZPO) dem Grundbuchamt eine ausreichende Grundlage dazu bieten, auf Antrag des Eigentümers nicht nur die Löschung, sondern auch die Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld vorzunehmen (**RG** 101, 234). Handelt es sich um eine Briefhypothek, so kann der Eigentümer gemäß §§ 896, 1144 die Aushändigung des Briefs verlangen. Bei nur teilweiser Befriedigung durch den Eigentümer kann dieser nach § 1145 die Vorlegung des Briefs zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs fordern. Im Falle der Nichtentstehung der Forderung oder der Nichtübergabe des Briefs (Abs 1 Satz 1, Abs 2) wird durch ein vom Gläubiger in der Form des § 29 GBO erklärtes Anerkenntnis dieser Tatsachen dargetan, daß auf Grund der Hypothekeneintragung eine Grundschuld des Eigentümers besteht (KGJ 22 A 310). Ist bei einer Briefhypothek die Forderung nur teilweise zur Entstehung gelangt, so steht dem Eigentümer das Miteigentum an dem Brief gemäß § 952 zu. Er kann aber von dem Hypothekengläubiger, der in der freien Verfügung über die Resthypothek nicht beschränkt werden darf, weder Aushändigung des Briefs noch Gewährung des Mitbesitzes daran verlangen, sondern nur gemäß § 896 Vorlegung des Briefs zur Berichtigung des Grundbuchs oder gemäß §§ 749, 752, 1152 Vorlegung zur Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (**RG** 59, 318; 69, 40). Der so als Inhaber ausgewiesene Eigentümer kann über die Hypothek (Grundschuld) verfügen. Er kann sie durch Aufgabeerklärung (Löschungsbewilligung) gegenüber dem Grundbuchamt oder dem etwa Begünstigten (§ 875 A 7, 8; §§ 19, 29 GBO) zur Aufhebung (Löschung) bringen (**RG** 66, 288; 73, 174; KGJ 48, 186) oder sie an einen anderen übertragen. Gegenstand der Übertragung ist dann aber nicht die Hypothek als solche, deren Forderung durch die Übertragung nicht etwa entsteht oder wieder auflebt, sondern die Grundschuld. Dies ist bei der Übertragung zum Ausdruck zu bringen (KGJ 27 A 278; OLG 14, 113, jedoch auch RJA 9, 218). Für die Form der Übertragung ist gemäß § 1192, je nachdem die eingetragene Hypothek verbrieft ist oder nicht, § 1154 Abs 2 (schriftliche Abtretungserklärung oder Eintragung der Abtretung und Übergabe des Briefs) oder §§ 1154 Abs 3, 873 (Einigung und Eintragung der Abtretung) maßgebend (**RG** JW 1907, 71[19]). Wird die Übertragung in das Grundbuch eingetragen, so ist zu vermerken, daß sich die Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt habe und die Grundschuld übertragen worden sei. Der Eigentümer kann die Grundschuld aber auch gemäß §§ 1198, 877 wieder zu einer Hypothek umgestalten dadurch, daß er durch Vereinbarung mit dem als Gläubiger Eingetragenen oder im Falle der Abtretung durch Vereinbarung mit dem neuen Gläubiger eine (neue) Forderung der Grundschuld unterlegt (§ 1198 A 1). Dies gilt auch dann, wenn die Beteiligten, nachdem die Hypothekenforderung durch Zahlung erloschen und die Hypothek zur Eigentümergrundschuld geworden ist, nachträglich vereinbaren, die Zahlung solle nicht als zur Tilgung der Hypothekenforderung geschehen gelten, sondern anderweitig verrechnet werden. Durch eine solche Vereinbarung lebt nicht etwa die zur Grundschuld gewordene Hypothek als solche wieder auf. Zur Neubegründung der Hypothek bedarf es vielmehr der erwähnten besonderen Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek. Die Vereinbarung über die Verrechnung hat für sich allein nur schuldrechtliche Bedeutung (**RG** Warn 1930 Nr 53). Bei der Tilgung der Hypothekenforderung durch nach und nach erfolgende Teilzahlungen entstehen mit jeder Teilzahlung (Teil-) Grundschulden, die vom Eigentümer vereinigt oder wieder zu einer einzigen Hypothek umgewandelt werden können (§ 1151 A 1). — Mit dem Eintritt der Tatsache, wodurch die Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt wird, kann diese auch von den Gläubigern des Inhabers (A 4, 6) gepfändet werden. Zur

Pfändung ist gemäß §§ 857 Abs 6, 830 ZPO die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Inhaber nötig; ferner ist im Falle der Briefhypothek (Briefgrundschuld) die Übergabe des Briefs an den Gläubiger oder die Wegnahme im Wege der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher (§ 883 ZPO; RG Gruch 50, 1110) erforderlich (RG 56, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279; JW 1905, 81[22]; Gruch 54, 1024; vgl. auch wegen einer Vorpfändung nach § 845 ZPO OLG 23, 213), im Falle der Buchhypothek (Buchgrundschuld) die Eintragung der Pfändung (RG 55, 378; 56, 13). Die Übergabe des Briefs wird nicht gemäß § 931 dadurch ersetzt, daß der Pfändungsgläubiger den Anspruch des Grundschuldinhabers auf Herausgabe des (gemäß §§ 952 Abs 1, 2 in sein Eigentum gelangten: RG 59, 318; 69, 40) Briefs gegen den als Hypothekengläubiger Eingetragenen oder einen dritten Besitzer sich zur Einziehung überweisen läßt (§§ 835, 886 ZPO). Denn eine solche Überweisung steht der Abtretung nicht gleich; der Pfändungsgläubiger muß sich also den Besitz des Briefs, nötigenfalls durch Klage gegen den Besitzer, verschaffen (RG 63, 214). Wenn der Pfändungsgläubiger die Eintragung der Pfändung beantragt, muß er dem Grundbuchamt ebenso wie der Eigentümer, der über die Grundschuld verfügen will, in gehöriger Form nachweisen, daß die Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld zusteht (RJA 3, 107; 5, 270; KGJ 22 A 171; 29 A 186; 33 A 275; JFG 1, 498). Wird ohne diesen Nachweis die Pfändung einer „angeblichen" Eigentümergrundschuld eingetragen, so ist die Eintragung sowohl materiellrechtlich wirkungslos (mit der Folge, daß die §§ 891, 892 auf sie keine Anwendung finden: § 891 A 3; § 892 A 6) als auch formellrechtlich im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO inhaltlich unzulässig (JFG 1, 496). — Veräußert der Eigentümer, dem die Hypothek als Grundschuld zugefallen ist, das belastete Grundstück, so bleibt er Gläubiger der Grundschuld (A 6; RG 129, 30; Gruch 58, 668; Warn 1914 Nr 21: auch im Falle einer Höchstbetragshypothek). Dasselbe gilt, wenn das Grundstück zwangsversteigert wird und die Grundschuld als Teil des geringsten Gebots bestehen bleibt (RG 94, 9; Warn 1914 Nr 21). Ist bei der Zwangsversteigerung die Eigentümergrundschuld gemäß § 91 ZVG durch den Zuschlag erloschen, so kann der an die Stelle der Eigentümergrundschuld getretene Anspruch auf Befriedigung aus dem baren Versteigerungserlöse (RG 55, 264; 63, 216; 65, 418; 75, 316; 77, 296), da ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, nach Maßgabe der §§ 829, 857 Abs 2 ZPO gepfändet werden. Es bedarf also zur Wirksamkeit der Pfändung nicht der Übergabe des Hypothekenbriefs bei der Eigentümer-Briefgrundschuld und nicht der Eintragung bei der Eigentümer-Buchgrundschuld; vielmehr genügt die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den früheren Eigentümer (RG 55, 264; 63, 216; 64, 216; 64, 311; 70, 279; 75, 316; JW 1906, 387[13]). Die Pfändung einer Eigentümergrundschuld nach deren Erlöschen durch den Zuschlag wird regelmäßig als Pfändung des Anspruchs auf Befriedigung aus dem Erlöse zu deuten sein (RG 75, 316). — Zur Rechtswirksamkeit der Verfügungen über die Eigentümergrundschuld selbst ist nach BGB nicht erforderlich, daß der Eigentümer als Inhaber der Grundschuld eingetragen (die Hypothek als Grundschuld auf ihn umgeschrieben) ist. Streitig ist, ob nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO die vorherige Umschreibung auf den Eigentümer vom Grundbuchamt zu erfordern ist, wenn auf Grund der Verfügung eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll. Dies ist zu bejahen. Es genügt nicht, daß der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist. Durch die auf die Hypothek (Grundschuld) bezügliche Eintragung wird nicht das Eigentumsrecht „betroffen", sondern ein das Eigentumsrecht belastendes hypothekarisches Recht. Bei diesem Recht am Grundstück ist der Grundstückseigentümer aber nicht schon deswegen als „Berechtigter" eingetragen, weil das Grundstückseigentum für ihn eingetragen ist (RG 72, 277; a. M. RJA 1, 125; 1, 162; 2, 198; 3, 202; 11, 290; KGJ 33 A 274; 33 A 280; 36 A 258; JFG 1, 487). Daher ist zur Eintragung der Abtretung oder der Pfändung der Eigentümergrundschuld deren Umschreibung auf den Namen des Eigentümers Voraussetzung. Jedoch bedarf es hierzu nicht der Eintragung eines besonderen Umschreibungsvermerks. Vielmehr genügt auch ein zunächst die Umschreibung und dann die Abtretung oder Pfändung enthaltender gemeinsamer Eintragungsvermerk. Dasselbe gilt, wenn die Grundschuld durch Unterlegung einer (neuen) Forderung wieder in eine Hypothek umgewandelt werden soll (OLG 6, 327). Zur Löschung bedarf es der Umschreibung nicht, wenn der als Gläubiger Eingetragene die Löschung bewilligt und der Eigentümer ihr zustimmt. Denn jener gilt dem Grundbuchamt gegenüber als zur Aufhebung der Hypothek berechtigt, so daß für die Löschung die Erfordernisse der §§ 19, 27 GBO gegeben sind (KGJ 29 A 188; 32 A 259), sofern nicht aus den eingereichten Urkunden sich ergibt, daß der bewilligende Gläubiger zufolge Übergangs der Hypothek auf den Eigentümer in Wirklichkeit nicht Gläubiger ist (KGJ 26 A 150; 29 A 188). — Im Zusammenhang hiermit steht die Frage, ob eine künftige, möglicherweise entstehende Eigentümergrundschuld im voraus übertragen, verpfändet, gepfändet werden kann. Dies wird von der herrschenden Meinung an sich bejaht, weil es sich um ein künftiges Recht handle, das in einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis seine Grundlage habe (RG 51, 115; 55, 334; 56, 14; 97, 226; JW 1904, 365[30]; 1932, 3191[10]; RJA 2, 198; 5, 271; KGJ 33 A 283; OLG 7, 315). Doch wird die Eintragung derartiger Verfügungen für unzulässig erklärt, weil namentlich aus § 40 GBO sich ergebe, daß das von der einzutragenden Verfügung betroffene Recht ein gegenwärtiges und ein eingetragenes sein müsse (RG 61, 374; 72, 276; 75, 250; 97, 227; JW 1912, 297[17]; RJA 5, 270; KGJ 45, 269; vgl. auch bezüglich der

Pfändung KGJ 22 A S. 163, 171; 26 A 46; 28 A 141; 29 A 186; 33 A 274; OLG 22, 380; 26, 200). Bei der Briefhypothek könnte hiernach also die künftige Eigentümergrundschuld abgetreten (§ 1154) oder gepfändet (§§ 830 Abs 1, 857 Abs 6 ZPO) werden, wenn die Übergabe des Hypothekenbriefs erlangt werden könnte. Die Zulässigkeit solcher Verfügungen dürfte aber entgegen der herrschenden Meinung überhaupt zu verneinen sein. Denn eine ungewisse Aussicht auf Erlangung eines Gegenstandes, der gegenwärtig noch einem anderen gehört, kann nicht als ein Vermögensrecht erachtet werden, das in das Vermögen eines Dritten übertragen oder an dem für den Dritten ein Recht erworben werden könnte. Anders liegt die Sache freilich, wenn die Hypothek, wie es bei Höchstbetragshypotheken (§ 1190) häufig der Fall ist, für eine künftige oder aufschiebend bedingte Forderung bestellt ist. Denn hier steht das dingliche Hypothekenrecht schon gegenwärtig dem Eigentümer als durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Grundschuld zu (§ 1113 A 7, § 1190 A 1). Eine solche Eigentümergrundschuld kann abgetreten und gepfändet werden, weil sie ein gegenwärtiges Recht des Eigentümers ist. Auch die Eintragung ihrer Abtretung und Pfändung ist zulässig, aber erst, nachdem die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer mit der Bedingung umgeschrieben ist, daß die Grundschuld später dem als Hypothekengläubiger Eingetragenen als Hypothek für die Forderung zustehen werde, wenn die Forderung zur Entstehung gelange. Mit der Entstehung der Forderung wird dann allerdings die Abtretung oder die Pfändung hinfällig. Vgl. § 1190 A 1 auch über die Frage, ob, wenn die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld zuerst für A und dann für B gepfändet, nach Feststellung der Nichtentstehung der Forderung aber zuerst die Pfändung des B und später die Pfändung des A eingetragen wird, das Pfändungspfandrecht des A oder das des B das Vorrecht hat. In RG 120, 111 war eine Höchstbetragshypothek für einen Gläubiger des Eigentümers gepfändet, „soweit sie nicht zum vollen Höchstbetrag in Anspruch genommen ist und der Grundstückseigentümer Anspruch auf eine Eigentümergrundschuld hat". In RG Warn 1929 Nr 151 waren gepfändet „die angeblichen Ansprüche des Schuldner-Eigentümers, die ihm aus der Höchstbetragshypothek wegen Nichtentstehung der gesicherten Forderung oder wegen Befriedigung der entstandenen Forderung zustehen oder künftig zustehen werden." In beiden Fällen war die Pfändung in das Grundbuch eingetragen worden. Das Reichsgericht hat beide Pfändungen für wirksam erklärt. Im ersten Falle führte es zur Begründung aus: Bei der Höchstbetragshypothek könne die bis zur endgültigen Feststellung der Nichtentstehung einer gesicherten Forderung dem Eigentümer zustehende, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld auch in ihrem vorläufigen Zustand gepfändet werden; die Pfändung bedürfe zur vollen Wirksamkeit allerdings der Eintragung im Grundbuch; diese Eintragung habe im gegebenen Falle zwar der Ordnungsvorschrift des § 40 GBO widersprochen, sei aber deshalb nicht inhaltlich unzulässig (§ 54 Abs 1 Satz 2 GBO) und somit auch nicht materiellrechtlich unwirksam. Im zweiten Falle spricht das Reichsgericht in den Gründen von einer „Anwartschaft des Eigentümers auf die Eigentümergrundschuld"; diese Anwartschaft stelle bereits ein „künftiges Recht" dar, das in einem schon gegenwärtig bestehenden Rechtsverhältnis seine Grundlage habe; über künftige Rechte könne verfügt werden. Das Ergebnis beider Entscheidungen mag im Einzelfall der Billigkeit entsprochen haben. Gegen die Begründungen sind aber rechtliche und praktische Bedenken zu erheben. Nicht nur der formellrechtliche Grundsatz des § 40 GBO, sondern auch das materiellrechtliche Spezialitätsprinzip (Vorbem 3d vor § 873) steht den Grundbucheintragungen derartiger Pfändungen entgegen. Denn ohne Zuhilfenahme außergrundbuchlicher Feststellungen ist solchen Vermerken im Grundbuch überhaupt nicht zu entnehmen, ob und inwieweit das gepfändete Recht bestehen soll. Die Vermerke entbehren also der im Liegenschaftsrecht dringend gebotenen Klarheit und Bestimmtheit. Von einer „Anwartschaft" des gegenwärtigen Eigentümers auf die für einen andern eingetragene Hypothek kann übrigens im allgemeinen wohl kaum gesprochen werden, zumal bei einem Eigentumswechsel die künftig etwa entstehende Eigentümergrundschuld dem neuen Eigentümer zufallen kann (A 6). Aber auch das praktische Bedürfnis spricht nicht dafür, solche Pfändungen ins völlig Ungewisse hinein wirksam werden zu lassen. Könnten sie sonst doch schließlich von allen Gläubigern eines Grundstückseigentümers gegen sämtliche Hypotheken des Grundstücks gerichtet werden, ein kaum erwünschtes oder auch nur erträgliches Ergebnis, auch wenn man von den Grundbuchämtern die Beachtung des § 40 GBO erwartet. Bei praktischer Betrachtung der Rechtsfrage läßt sich auch die Erwägung nicht unterdrücken, ob es zweckmäßig ist, nach materiellem Recht Pfändungen zuzulassen und damit herauszufordern, die bei gehöriger Beachtung des formellen Grundbuchrechts doch nicht voll wirksam werden können. — Unter dem die Hypothek erlangenden Eigentümer ist nicht der eingetragene Eigentümer als solcher, sondern der wahre Eigentümer zu verstehen. Ist z. B. die Auflassung, auf Grund deren der Eigentümer eingetragen ist, von vornherein nichtig oder durch Anfechtung nichtig geworden, so steht die Eigentümergrundschuld dem bisherigen Eigentümer zu (RG 80, 320). — Unzulässig ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs gegen den Eigentümer auf Übertragung der Hypothek oder Bestellung eines Pfandrechts daran für den Fall, daß die Hypothek zur Eigentümergrundschuld werden sollte (§ 883 A 2 Abs 4). Wegen des Ranges einer Teileigentümergrundschuld vgl. § 1176, über andere Fälle der Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld, über die Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen und über die rechtliche Bedeutung der Eigentümergrundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren und im Konkurse § 1177 A 2, 3.

4. Im Falle der Nichtentstehung der Forderung **steht die Hypothek** (als Grundschuld: A 3) **dem Eigentümer zu,** der zur Zeit der Eintragung der Hypothek Eigentümer ist, gleichviel, ob er im Zeitpunkt der etwa erst später erfolgenden Feststellung der Nichtentstehung noch Eigentümer ist oder nicht (RG 51, 43; 55, 220; 68, 101; 75, 249; 78, 404; Gruch 58, 669; KGJ 38 A 281). Auch wenn sich die Nichtentstehung erst ergibt, nachdem er das Grundstück veräußert oder ein anderer es durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben hat, besteht die Grundschuld für den früheren Eigentümer, nicht für den Grundstückserwerber (RG 55, 222; 78, 409; JW 1912, 853[4]). Ist die Hypothek für eine künftige oder eine aufschiebend bedingte Forderung bestellt, so besteht sie (§ 1113 A 7) zunächst als vorläufige, durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld. Fällt dann diese auflösende Bedingung durch Nichtentstehung der Forderung aus, so wird nunmehr die vorläufige Eigentümergrundschuld zur endgültigen. Auch diese Grundschuld steht dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung der Hypothek zu, nicht dem Nachfolger im Eigentum zur Zeit des Ausfalls der auflösenden Bedingung (KGJ 49, 219). Vgl. auch bezüglich der Höchstbetragshypothek § 1190 A 1. Ist eine Kaufpreisforderung, für die von dem Grundstückskäufer Hypothek bestellt worden ist, nicht zur Entstehung gelangt (z. B. weil der Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist: A 2), so steht die Hypothek (als Grundschuld) dem Käufer, nicht dem Verkäufer zu (RG 68, 101), vorausgesetzt, daß die Hypothekbestellung selbst rechtsgültig ist (A 1). Im Falle des Miteigentums nach Bruchteilen steht die Grundschuld den Miteigentümern nach Verhältnis ihrer Anteile zu (RG 51, 400; RJA 11, 285), und zwar nicht als einer Gemeinschaft gemäß §§ 741, 747, sondern jedem der Miteigentümer zu einem selbständigen Teil (RJA 8, 61). Denn das (gemäß § 1192 auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück gerichtete) Grundschuldrecht teilt sich kraft Gesetzes ebenso, wie dies bei einer Geldforderung zutrifft (§ 420); jedoch haftet für jeden Teil das ganze Grundstück (OLG 14, 114). Ist die Forderung nur teilweise zur Entstehung gelangt, so besteht die Hypothek zu diesem Teil als Hypothek des Gläubigers, zum andern Teil als Grundschuld des Eigentümers. Der Teil des Gläubigers hat nach § 1176 den Vorrang. Wegen des Hypothekenbriefs in diesem Falle vgl. A 3. Die Rechtslage, die entsteht, wenn die Forderung nach der Hypotheкeintragung zur Entstehung gelangt oder wenn sie durch einen Zessionar zur Entstehung gebracht wird, ist in A 2 erörtert. Vertragsmäßige Ausschließung des Eintritts der Eigentümergrundschuld wirkt nur schuldrechtlich und ist nicht eintragungsfähig (A 1; § 1177 A 3). Die Wirkung solcher Ausschließung im Falle des Konkurses über das Vermögen des verpflichteten Eigentümers behandelt § 1179 A 5.

5. Gleichgültig ist, aus welchem **Grunde die Forderung erlischt,** ob durch Rücktritt (§ 346; RG 12. 10. 1932 V 161/32), Zahlung (§ 362), Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364), Hinterlegung (§ 378), Aufrechnung (§ 389), Erlaß (§ 397; über Verzicht auf die Hypothek § 1168) oder durch Ausschluß des unbekannten Gläubigers im Aufgebotsverfahren (§ 1171 Abs 2) oder Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (§§ 158, 163, vgl. aber über die Verschiedenheit von auflösend bedingter Hypothekbestellung § 1113 A 2, 7) oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld in derselben Person (z. B. infolge Erbfalls). Wurde eine Darlehnshypothekenforderung während des Währungsverfalls mit entwertetem Gelde bezahlt, so trat nur ein teilweises Erlöschen der Forderung ein, sofern nicht in der vorbehaltlosen Annahme des Geldes ein Verzicht des Gläubigers auf weitere Zahlung zu finden war (RG 107, 91; 109, 111; 110, 77; 110, 89; 128, 283; § 1144 A 2). Die Beiträge zu den Tilgungsfonds der preuß. landschaftlichen Kreditanstalten führen gemäß den Vorbehalten, die in Art 167 EG und Art 21 preuß. AGGBO für die Satzungen dieser Anstalten gemacht sind, keine Tilgung der den einzelnen Teilzahlungen entsprechenden Teile der Landschaftshypotheken herbei, sondern eine Tilgung tritt erst im Wege der Verrechnung mit dem angesammelten Tilgungsfonds ein (RG 104, 74; 110, 85; vgl. hierzu im übrigen A 1). Auch hat die Befriedigung des Gläubigers nicht immer das Erlöschen der Forderung zur Folge. Vielmehr geht in mehreren Fällen die Forderung und damit auch die Hypothek auf den Befriedigenden über, so daß § 1163 Abs 1 Satz 2 keine Anwendung findet. Vgl. über diese Fälle § 1143 A 3. Ferner gilt für die Vereinigung von Forderung und Schuld nach § 1164 Abs 1, 2 eine Ausnahme: Ist der persönliche Schuldner von dem Eigentümer verschieden, so erlischt zwar die Forderung, aber die Hypothek geht in Höhe der etwaigen Ersatzforderung auf den Schuldner, nicht auf den Eigentümer über. Ist die Hypothek für den Hypothekenschuldner selbst gepfändet und zur Einziehung überwiesen worden, so erlischt die Forderung nicht durch Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person (§ 875 A 2). Hat der Hypothekenschuldner und Eigentümer den Hypothekengläubiger beerbt und ist die dadurch als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangene Hypothek auf ihn umgeschrieben oder gelöscht worden, ist aber demnächst durch Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Forderung gemäß § 1976 mit rückwirkender Kraft wieder aufgelebt, so ist auf Antrag des Nachlaßverwalters oder des Konkursverwalters die Hypothek als solche (für den Erben) im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB, § 22 GBO) umzuschreiben oder wieder mit dem früheren Range einzutragen, soweit dem nicht ein inzwischen eingetretener rechtsgeschäftlicher Erwerb (z. B. durch Übertragung der Grundschuld an einen Dritten oder durch Bestellung einer Hypothek für einen Dritten) in gutem Glauben

an die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht (RJA 16, 148). Zahlt der Eigentümer und persönliche Schuldner eine Nachlaßhypothek an den nicht befreiten (§ 2136) Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben aus, so erlischt gemäß §§ 2113 Abs 1, 2114 Satz 2 das Schuldverhältnis nicht; der Zahlende erwirbt also die Hypothek nicht als Eigentümergrundschuld. Dasselbe gilt, wenn der Vorerbe durch Vertrag mit dem Eigentümer gemäß § 397 ohne Zustimmung des Nacherben anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe (KGJ 50, 217).

6. Derjenige **erwirbt die Hypothek** (als Grundschuld: A 3), welcher **zur Zeit des Erlöschens der Forderung Eigentümer** ist; nicht der Hypothekbesteller, der nicht mehr Eigentümer ist, mag er auch durch Befriedigung des Gläubigers die Forderung zum Erlöschen bringen (RG 55, 220; 78, 404; Gruch 58, 669: insbesondere für den Fall einer Höchstbetragshypothek; KGJ 38 A 281; vgl. auch A 3: insbesondere für den Fall der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks). Im Falle der Veräußerung des Grundstücks oder der Auflassung des bereits verkauften Grundstücks an den Käufer nach dem Erlöschen der hypothekarisch gesicherten Forderung bleibt der Veräußerer der allein verfügungsberechtigte Inhaber der Grundschuld (RG 129, 30; KGJ 26 A 303; 28 A 136; OLG 3, 224; 40, 38; JFG 1, 498). Befriedigt der Käufer den Gläubiger in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung seines Eigentums, so fällt die Grundschuld dem Verkäufer zu, da dieser zur Zeit des Erlöschens der Forderung noch Eigentümer ist; er wird aber dem Käufer zur Löschung verpflichtet sein (str.; a. M. RJA 4, 233). — Aus § 1163 Abs 1 Satz 2 folgt, daß das Zusammenwirken zweier Personen zum Übergang der Hypothek erforderlich ist: des Gläubigers, in dessen Person die Forderung erlischt, und des Eigentümers, der die Hypothek erwirbt (JFG 7, 363). Wenn das mit der Hypothek belastete Grundstück im Miteigentum mehrerer steht und ein Miteigentümer namens aller oder alle zusammen den Gläubiger befriedigen, so erwirbt jeder Miteigentümer einen der Höhe seines Miteigentumsanteils entsprechenden Teil der Hypothek; das ist aus § 420 zu entnehmen (RG 51, 389; RJA 8, 61; 11, 285). Zahlt ein Miteigentümer für sich allein im eigenen Namen, so ist zu unterscheiden: Lastet die Hypothek auf den einzelnen Anteilen, so wird die Hypothek gemäß dem entsprechend anzuwendenden § 1173 (§ 1132 A 1) von dem Befriedigenden an seinem Anteil als Grundschuld in ganzer Höhe erworben, während sie an den anderen Anteilen erlischt, soweit nicht für den Befriedigenden ein Ersatzanspruch besteht (str.; RJA 11, 286; OLG 18, 173). Ist dagegen die Hypothek auf das ganze Grundstück eingetragen worden (§ 1132 A 4), so steht den Miteigentümern die Grundschuld nach Bruchteilen zu, da in diesem Falle die Miteigentümer als ein einziger Eigentümer gelten (str.; a. M. RJA 11, 285, wo angenommen wird, daß auch hier § 1173 entsprechend anzuwenden sei). Sind die Miteigentümer Gesamtschuldner der Hypothekenforderung (haben sie z. B. das Darlehn, zu dessen Sicherheit die Hypothek bestellt ist, gemeinsam aufgenommen), so geht nach §§ 426 Abs 2 Satz 1, 412, 1153 in dem ersten Falle die Forderung nebst der Hypothek an den Anteilen der anderen Miteigentümer, in dem zweiten Falle die Forderung nebst der Hypothek an dem ganzen Grundstück in Höhe des dem Zahlenden gegen die anderen Miteigentümer zustehenden Ausgleichungsanspruchs auf den Zahlenden über, so daß in dem zweiten Falle nur in Höhe des Restbetrages die Grundschuld an dem ganzen Grundstück sämtlichen Miteigentümern nach Bruchteilen zusteht (§ 1173 A 2). Über den Fall, daß der zahlende Miteigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist: § 1143 A 3. Dort sind auch die Fälle behandelt, in denen einer von mehreren Miterben, welche Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks sind, oder ein Vorerbe, zu dessen Vorerbschaft das mit der Hypothek belastete Grundstück gehört, den Hypothekengläubiger befriedigt. — Im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück (§ 1147) erlischt gemäß § 1181 Abs 1 ausnahmsweise mit der Forderung auch die Hypothek, so daß der Eigentümer diese nicht erwirbt. Nach § 868 ZPO „erwirbt der Eigentümer" eine Zwangshypothek (auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels eingetragene Sicherungshypothek), wenn die dort aufgeführten aufhebenden Entscheidungen, Anordnungen, Maßnahmen erfolgen. Zu ihnen gehört auch ein in der Berufungsinstanz erlassenes vorläufig vollstreckbares Urteil (JFG 3, 451). Ferner erwirbt der Eigentümer nach § 932 Abs 2 ZPO eine Arresthypothek (in Vollziehung eines Arrestes eingetragene Höchstbetragshypothek), wenn der Arrestbefehl durch eine vollstreckbare Entscheidung (§§ 925 Abs 2, 926, 927 ZPO) aufgehoben wird. Unter dem erwerbenden Eigentümer ist, entsprechend dem § 1163 Abs 1 Satz 2 BGB, der Eigentümer zur Zeit des Eintritts eines der genannten prozessualen Tatbestände zu verstehen. Hat also seit der Eintragung ein Eigentumswechsel stattgefunden, so erwirbt nicht der frühere Eigentümer, gegen den sich die Eintragung gerichtet hat, sondern der gegenwärtige Eigentümer die Hypothek (RG 78, 402; JW 1911, 277[4]; RJA 10, 160; 11, 55; a. M. OLG 26, 156 für den Fall der Aufhebung des Arrestes gemäß § 925 Abs 2 ZPO wegen Mangels eines Arrestgrundes). Neben diesen Bestimmungen der ZPO finden aber auf die Zwangs- und die Arresthypothek auch die Vorschriften des BGB über den Erwerb einer Hypothek durch den Eigentümer Anwendung (a. M. OLG 11, 114). Denn Zwangs- und Arresthypotheken sind Sicherungshypotheken im Sinne der §§ 1184, 1190 BGB, und ihr Wesen, insbesondere das der zugrunde liegenden Forderung, wird nicht dadurch geändert, daß die Eintragung auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels oder Arrestbefehls erfolgt. Daher erwirbt der Eigentümer eine Zwangshypothek z. B. nach § 1163 Abs 1

Satz 2 BGB, wenn er die vollstreckbare Forderung tilgt, und nach § 1168 BGB, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (RG 78, 407). Ferner steht dem Eigentümer gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 BGB eine Arresthypothek als Grundschuld zu, wenn die Arrestforderung nicht besteht (RG 78, 408). Dies gilt auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der Arresthypothek, da bei der Eintragung der Hypothek auf Grund eines Arrestes sich aus dem Grundbuch selbst ergibt, daß ihr Bestehen als Hypothek für den Gläubiger durch die Feststellung des Nichtbestehens einer Forderung auflösend bedingt ist (OLG 26, 11). Ist ein zur Eigentümerhypothek nach BGB führender Tatbestand eingetreten, so hat der Übergang der Hypothek stattgefunden; ein später eintretender Tatbestand nach §§ 868, 932 Abs 2 ZPO kann eine Änderung nicht mehr herbeiführen; umgekehrt können die Vorschriften des BGB einen bereits nach den Bestimmungen der ZPO eingetretenen Übergang der Hypothek nicht mehr nachträglich beeinflussen (RG 78, 407). Aus einer *nichtigen Hypothekeintragung*, auch der einer Zwangs- und Arresthypothek, kann eine Eigentümergrundschuld überhaupt nicht entstehen (A 1; § 1177 A 1).

7. Die **dem Eigentümer bis zur Übergabe des Briefes** (als Briefgrundschuld: A 3) zustehende Hypothek wird zur wirklichen Hypothek des Gläubigers, wenn diesem der Brief vom Eigentümer übergeben wird (§ 1117). Vorausgesetzt ist dabei, daß die gesicherte Forderung entstanden und nicht inzwischen erloschen ist. Andernfalls steht nach Abs 1, der auch für die Briefhypothek des Abs 2 gilt, die Hypothek trotz Übergabe des Briefs doch noch immer dem Eigentümer als Briefgrundschuld zu (RG 69, 40; JW 1912, 402[24]; RGSt 39, 184). Aber auch die Briefhypothek wird von dem Gläubiger schon mit der Eintragung erworben, wenn vorher die Aushändigung des Briefs an den Gläubiger gemäß § 1117 Abs 2 vereinbart und die zu sichernde Forderung gleichfalls vorher entstanden ist (§ 1117 A 4). § 1163 Abs 2 findet gemäß § 1192 auch auf *Briefgrundschulden* Anwendung (RG 77, 108; § 1192 A 1 Abs 3).

§ 1164

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger [1]), so geht die Hypothek insoweit auf ihn über [2]), als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann [3]). Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten, so kann der Eigentümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachteile der Hypothek des Schuldners geltend machen [4]).

Der Befriedigung des Gläubigers steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen [5]).

E II 1071; P 3 605, 630, 727 f.

1. § 1164 bestimmt aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme von der Regel des § 1163 Abs 1 Satz 2, nach der im Falle des Erlöschens der Forderung die Hypothek (als Grundschuld) auf den Eigentümer übergeht. Für diese Ausnahme ist Voraussetzung, daß der vom Eigentümer verschiedene **persönliche Schuldner der** den Gläubiger **Befriedigende** ist und die Forderung durch diese Befriedigung zum Erlöschen bringt (RG 65, 417; KGJ 50, 209). Wird der Gläubiger von dem Schuldner, der zugleich Eigentümer ist, oder von einem Dritten, der nicht Gesamtschuldner, Mitbürge oder Ablösungsberechtigter ist (§§ 268, 426 Abs 2, 774 Abs 2, 1150), befriedigt, so gilt die Regel des § 1163 Abs 1 Satz 2 (RG 96, 139). Befriedigt den Gläubiger der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, so erwirbt er gemäß §§ 1143, 401, 412, 1153 die Forderung mit der Hypothek (KGJ 27 A 280; 28 A 138). Unter Befriedigung sind auch im § 1164 alle Rechtshandlungen zu verstehen, durch die das Erlöschen der Forderung herbeigeführt wird (§ 1163 A 5). Auch der Erlaß durch Vertrag gemäß § 397 gehört dazu (str.). Dies wird bestätigt durch Abs 2, wonach auch die Vereinigung von Forderung und Schuld der Befriedigung gleichstehen soll.

2. Die Hypothek geht auf den persönlichen Schuldner insoweit über, als er Ersatz verlangen kann. Kann er nur *hinsichtlich eines Teiles* des aus seinem Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers Geleisteten (über die in Betracht kommenden Arten der Befriedigung: § 1163 A 5) einen Ersatzanspruch geltend machen, so geht beim Erlöschen der Forderung der andere Hypothekenteil nach der Regel des § 1163 Abs 1 Satz 2 (A 1) auf den Eigentümer über, und zwar gemäß § 1177 Abs 1 als Grundschuld. Über das Rangverhältnis zwischen den beiden Hypothekenteilen vgl. A 4. Streitig ist, ob die Hypothek insoweit, als der Ersatzanspruch besteht, als wirkliche Hypothek oder als Grundschuld auf den Schuldner übergeht, und ob, wenn ersteres zutrifft, die durch die Hypothek gesicherte Forderung auch ferner die ursprüngliche Forderung (in Höhe des Ersatzanspruchs) oder nunmehr die Ersatzforderung ist. Abzulehnen ist zunächst, daß die Hypothek zur Grundschuld wird. Das Gesetz enthält keine Bestimmung, daß die „Hypothek", die auf den Schuldner übergehen soll, sich ebenso wie im Falle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person nach § 1177 Abs 1 in eine Grundschuld verwandeln soll. *Die auf den Schuldner übergehende Hypothek bleibt also eine wirkliche Hypothek* (Prot 3,

728; RG 81, 82; RJA 11, 302). Einer Hypothek muß aber begrifflich (§ 1113) eine Forderung zugrunde liegen. Diese Forderung kann nur die Ersatzforderung sein. Denn einesteils muß die Forderung, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt, naturgemäß erlöschen, und andernteils erlangt der Schuldner gerade erst dadurch einen Ersatzanspruch, daß er die Forderung aus seinen Mitteln tilgt. Der Eigentümer kann nicht durch diese Tilgung zum persönlichen Schuldner der ursprünglichen Forderung werden. Auszuscheiden ist hierbei freilich, weil nicht von § 1164 betroffen, der Fall, daß neben dem befriedigenden Schuldner auch der Eigentümer selbst Schuldner ist, daß also für die Forderung ein Gesamtschuldverhältnis besteht (z. B. wenn beide gemeinsam ein Darlehn aufgenommen haben und der Eigentümer für das Darlehn Hypothek bestellt hat). Befriedigt ein Gesamtschuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, den Gläubiger, so geht auf ihn, soweit er von dem anderen Gesamtschuldner (und Eigentümer) Ausgleichung verlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen den letzteren gemäß § 426 Abs 2 über und insoweit daher gemäß §§ 401, 412, 1153 auch die Hypothek, so daß diese in seiner Hand als Hypothek für die ursprüngliche Forderung (in Höhe des Ausgleichungsanspruchs) besteht (RG 65, 414; 67, 130; KGJ 50, 209; § 1143 A 3). Gleiches gilt nach §§ 774, 401, 412, 1153, wenn der Bürge die Forderung, für die der Eigentümer auch persönlich haftet, an den Gläubiger bezahlt (RG 65, 139). In den Fällen des § 1164 dagegen tritt ebenso, wie die Hypothek kraft Gesetzes auf den Schuldner übergeht, die Ersatzforderung kraft Gesetzes an Stelle der ursprünglichen Forderung in die Hypotheksicherung ein, und zwar in der Weise, daß nunmehr der Eigentümer oder der etwa ersatzpflichtige Rechtsvorgänger im Eigentum der persönliche Schuldner dieser Hypothekforderung ist (RG 129, 30; JW 1926, 359[3]). Für die Einwendungen, die gegen die Schuldklage oder die dingliche Klage des früheren Schuldners, jetzigen Gläubigers, erhoben werden können (vgl. über die dingliche Klage § 1137), gilt nichts anderes als sonst, wenn der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist. Nur richten sich die aus dem persönlichen Schuldverhältnisse zu entnehmenden Einwendungen jetzt gegen das Bestehen der Ersatzverpflichtung. Dem zum Gläubiger gewordenen Schuldner steht aber für seinen Rechtserwerb der Schutz des § 892 nicht zur Seite, da er die Hypothek nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes erwirbt (§ 892 A 4). — Der Schuldner hat nach § 1167 gegen den von ihm befriedigten Gläubiger die Rechte aus §§ 1144, 1145 auf die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden (RG JW 1926, 359[3]). Will er die Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen, so muß er nicht nur diese Urkunden (z. B. Quittung des Gläubigers, Hypothekenbrief) dem Grundbuchamt vorlegen, sondern auch urkundlich (§ 29 GBO) nachweisen, daß ihm eine Ersatzforderung zusteht. Ist über das Schuldverhältnis keine Urkunde errichtet, so ist der Nachweis zu führen durch Anerkenntnis des Eigentümers oder Urteil gegen ihn. — Eine Pfändung des Ersatzanspruchs kann infolge seiner Verbindung mit der Hypothek nur nach Maßgabe des § 830 ZPO erfolgen, nicht nach § 829 (RG 81, 75). — § 1164 gilt für alle Hypothekenarten, auch für die Sicherungshypothek. Eine Änderung der Art (z. B. Umwandlung der Verkehrshypothek in eine Sicherungshypothek und umgekehrt) bewirkt der Übergang auf den Schuldner nicht. Für die Gesamthypothek gibt § 1174 Sonderbestimmungen. Wegen der Anwendbarkeit des § 1164 auf Hypotheken des früheren Rechtes vgl. Art 192 EG und RG 53, 378. Auf Grundschulden ist § 1164 unanwendbar (§ 1192 A 1). Unzulässig ist eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung einer Hypothek im Falle ihres Übergangs auf den persönlichen Schuldner (§ 1179 A 6).

3. Der persönliche Schuldner kann nach der von ihm bewirkten Tilgung der Forderung **von dem Eigentümer Ersatz verlangen** z. B.: wenn bei der Veräußerung eines Grundstücks, das mit einer Hypothek für eine Schuld des Veräußerers belastet ist, die Übernahme der Schuld durch den Erwerber vereinbart war, die persönliche Haftung des Veräußerers aber fortbesteht, weil die Schuldübernahme mangels Genehmigung des Gläubigers nicht gemäß §§ 415, 416 zustande gekommen ist (RG 53, 382; 58, 425; 65, 137; 81, 71; 129, 30; JW 1908, 32[7]; 1926, 359[3]; RJA 11, 302; OLG 31, 128; 45, 23). Dies gilt auch dann, wenn im Falle der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks der Ersteher eine bestehenbleibende Hypothek, für die der Vollstreckungsschuldner persönlich haftet, gemäß § 53 Abs 1 ZVG übernommen hat (RG 89, 78). Weitere Beispielsfälle für einen Ersatzanspruch des persönlichen Schuldners gegen den Eigentümer: Der persönliche Schuldner ist eine Darlehnsschuld unter Hypothekbestellung des Eigentümers eingegangen, um das Geld zur Befriedigung eines Anspruchs des Eigentümers gegen ihn an diesen zahlen zu lassen; demnächst erweist sich der Anspruch als nicht bestehend (RG 53, 378). Wenn ein Hypothekengläubiger, der einen vollstreckbaren Schuldtitel nur wegen seiner persönlichen Forderung erlangt hat, auf Grund dieses Schuldtitels die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks betreibt und bei der Kaufgelderverteilung den baren Versteigerungserlös für die persönliche Forderung in Anspruch nimmt, so geht seine in das geringste Gebot gefallene Hypothek, soweit er aus dem dem Schuldner gehörenden Versteigerungserlöse wegen der Forderung befriedigt wird, auf den Schuldner (früheren Eigentümer) als Hypothek für dessen Ersatzanspruch gegen den Ersteher (§ 53 ZVG mit §§ 415, 416 BGB) über (RG 76, 120). Vgl. auch §§ 2166 ff. Über die Art des Ersatzanspruchs, wenn mehrere Personen Gesamtschuldner der Hypothekenforderung sind und einer von ihnen den Hypothekengläubiger befriedigt: § 1166 A 1 a. E. — Ein Ersatzanspruch

im Sinne des § 1164 besteht z. B. nicht, wenn der nach Auflassung als Eigentümer eingetragene Käufer einen Hypothekengläubiger befriedigt und dann die Auflassung durch Anfechtung des Verkäufers gemäß § 142 von Anfang an nichtig wird, also der Verkäufer wahrer Eigentümer geblieben ist (RG 80, 321). Desgleichen nicht, wenn die Vertragschließenden die Übernahme einer Hypothek von der Entschließung des Hypothekengläubigers, die Hypothek stehen zu lassen, abhängig machten und wenn dann die Bedingung dadurch ausfiel, daß der Hypothekengläubiger sich entschloß, die Hypothek sich auszahlen zu lassen. Hat darauf der Verkäufer und persönliche Schuldner die Hypothek an den Gläubiger ausgezahlt, so hat er gegen den Käufer keinen Ersatzanspruch, sondern nur eine Kaufgeldforderung aus dem Vertrage, die unabhängig von der Hypothek besteht. In diesem Falle erlischt die hypothekarisch gesicherte Forderung, und die Hypothek wird zur Eigentümergrundschuld, so daß nunmehr eine durch Grundschuld gesicherte Kaufgeldforderung vorliegt, die nach § 63 Abs 3 AufwG der freien Aufwertung unterliegt (RG 131, 154). — Der Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner vollzieht sich auch dann, wenn nicht der gegenwärtige Eigentümer selbst, sondern ein **Rechtsvorgänger im Eigentum,** also irgendein früherer Eigentümer, der Ersatzpflichtige ist. Hat der gegenwärtige Eigentümer das Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben, so ist allerdings sein Eigentum kein vom Vollstreckungsschuldner abgeleitetes Recht und ist er nicht Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners (RG 80, 351; 89, 79). Dennoch ist der Vollstreckungsschuldner und frühere Eigentümer als Rechtsvorgänger des Erstehers im Sinne des § 1164 (und also auch des § 1165) anzusehen. Denn aus dem allgemeinen Ausdruck „Rechtsvorgänger" im § 1164 ist nicht zu entnehmen, daß der gegenwärtige Eigentümer ein von dem früheren Eigentümer abgeleitetes Eigentum haben muß. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb dem persönlichen Schuldner, der einen Ersatzanspruch gegen den früheren Eigentümer erlangt, weniger Sicherung dann gewährt sein sollte, wenn der gegenwärtige Eigentümer das Grundstück durch Zuschlag erworben hat, als dann, wenn der gegenwärtige Eigentümer das Grundstück durch freiwillige Veräußerung vom früheren Eigentümer erworben hat. Übrigens ist der Vollstreckungsschuldner im § 53 Abs 1 ZVG für den dort behandelten Fall auch als „Veräußerer" bezeichnet (RG 89, 80).

4. Daß bei nur **teilweisem Ersatzanspruch** der **Eigentümer** die Hypothek **nicht zum Nachteil der Hypothek des Schuldners** geltend machen kann, bedeutet: der auf den befriedigenden persönlichen Schuldner übergehende Hypothekenteil hat als Hypothek für den teilweisen Ersatzanspruch den Vorrang vor der durch die Tilgung der Forderung auf den Eigentümer als Grundschuld übergehenden (A 2) Resthypothek. Vgl. die ähnlichen Vorschriften in §§ 268, 426, 774, 1176, 1607, 1709 und RG 76, 198.

5. Eine **Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person** findet z. B. statt, wenn der Schuldner den Gläubiger oder dieser jenen beerbt, oder wenn der Gläubiger das Grundstück vom Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, erwirbt und dabei die Hypothek in Anrechnung auf den Erwerbspreis übernimmt (OLG 31, 196). Da die Vereinigung **der Befriedigung des Gläubigers gleichstehen soll,** so erlischt zwar durch die Vereinigung die Hypothekenforderung; wenn aber der Schuldner im Falle der Befriedigung des Gläubigers vom Eigentümer (oder einem Rechtsvorgänger) Ersatz verlangen könnte, wird die Hypothek für die Forderung gegen den Schuldner zur Hypothek für die Ersatzforderung gegen den Eigentümer (oder den Rechtsvorgänger), der nunmehr der persönliche Schuldner ist (A 2). Andernfalls wird die Hypothek zur Grundschuld des Eigentümers (§ 1163 Abs 1 Satz 2).

§ 1165

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1183 auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein [1]), so wird der persönliche Schuldner insoweit frei [2]), als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können [3]).

E II 1072; P 3 609, 636.

1. Im Zusammenhang mit § 1164 (RG 53, 381) und entsprechend der zugunsten des Bürgen im § 776 gegebenen Vorschrift gewährt § 1165 dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, mit Rücksicht darauf, daß im Verkehr die persönliche Haftung des Schuldners nur zur Ergänzung der etwa unzulänglichen dinglichen Sicherheit dient (Prot 3, 609), Schutz gegen folgende ihm nachteilige Verfügungen des Gläubigers über die Hypothek: **Verzicht auf die Hypothek** (§ 1168), **Aufhebung der Hypothek** (§ 1183), **Rangverschlechterung** (§ 880). Darunter fällt nicht ein Geschehenlassen oder Gestatten der Verschlechterung des Grundstücks, der vom Gläubiger hätte entgegengetreten werden können (z. B. Unterlassung von Sicherungsmaßregeln nach §§ 1133—1135 gegen Wegschaffung von Zubehör). Insbesondere ist hierin kein Verzicht auf die Hypothek zu erblicken, da dieser eine rechtsgeschäftliche Handlung des Gläubigers erfordert (RG 58, 428; 65, 397). Unter den Voraussetzungen des § 826 kann aber in solchen Fällen ein Schadensersatzanspruch des Schuldners gegen den Gläubiger gegeben sein (RG 58, 429). Auch ist

aus dem Rechtsgedanken im § 1165 zu entnehmen, daß der persönliche Schuldner, der von dem in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks mit der Hypothek ausgefallenen Gläubiger in Anspruch genommen wird, einwenden kann, der Gläubiger habe bei Wahrung seiner Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück absichtlich zu seinem, des Schuldners, Nachteil gehandelt (**RG** 12. 10. 1910 V 565/09; 14. 12. 1910 V 34/10). Wenn nach der Zwangsversteigerung des Grundstücks der Hypothekengläubiger im Verteilungstermin einen Teilungsplan genehmigt, in dem ein anderes Recht zu Unrecht vor seiner Hypothek in Ansatz gebracht worden ist, so ist darin eine Vorrangseinräumung im Sinne des § 1165 jedenfalls dann nicht zu finden, wenn der Gläubiger nicht den Willen gehabt hat, den Rang zu ändern, sondern wenn er lediglich im Vertrauen auf die im Teilungsplan über die Reihenfolge der aus dem Erlöse zu befriedigenden einzelnen Ansprüche vom Gericht getroffene Anordnung die Verteilung genehmigt hat (OLG 38, 72). § 1165 setzt die Kenntnis des Gläubigers vom Bestehen der persönlichen Forderung voraus; jedenfalls ist die Vorschrift nicht anwendbar, wenn der Gläubiger in schuldloser Nichtkenntnis davon gehandelt hat (**RG** HRR 1929 Nr 199). — § 1165 findet auf alle Hypothekenarten Anwendung (§ 1164 A 2). Wegen der Gesamthypothek s. § 1174 A 2. Die Frage, ob und inwieweit § 1165 bei der Gesamthypothek auch auf den Eigentümer, der im Falle der Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers einen Ersatzanspruch gegen einen anderen Eigentümer erlangen würde, entsprechend anwendbar ist, wird in § 1173 A 7 erörtert. Dazu ist insbesondere auf den in **RG** 89, 77 entschiedenen Fall zu verweisen: A hatte für B an zwei Grundstücken Hypothek bestellt; C erwarb das eine Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung und übernahm die bestehenbleibende Hypothek gemäß § 53 Abs 1 ZVG; B genehmigte die Übernahme nicht, so daß A persönlicher Schuldner blieb, aber gegen C einen Anspruch auf Befriedigung des Gläubigers B hatte. Hätte nun A den B befriedigt, so hätte er gegen C einen Ersatzanspruch erlangt (§ 1164 A 3). B erwarb demnächst in erneuter Zwangsversteigerung das vorher von C ersteigerte Grundstück durch Zuschlag und führte die Löschung der Hypothek auf diesem Grundstück herbei. A war nunmehr frei, weil er nach § 1164 wegen seines im Falle der Befriedigung des Gläubigers B ihm zustehenden Ersatzanspruchs gegen C als den Rechtsvorgänger des gegenwärtigen Eigentümers B (§ 1164 A 3 a. E.) Befriedigung aus der auf ihn übergehenden Hypothek an diesem Grundstück hätte erlangen können. — Bezüglich der Anwendbarkeit des § 1165 auf Hypotheken des früheren Rechts vgl. **RG** 53, 378. Auf Grundschulden ist § 1165 unanwendbar (§ 1192 A 1).

2. Der Gläubiger ist an der Vornahme der in A 1 bezeichneten Verfügungen, die der Einwilligung des persönlichen Schuldners nicht bedürfen, an sich rechtlich nicht behindert. Aber **der persönliche Schuldner wird insoweit frei,** als er im Sinne des Schlußhalbsatzes durch die Verfügungen benachteiligt wird. Unter „Freiwerden" des Schuldners ist nach dem Sprachgebrauch des BGB (vgl. § 1181 Abs 2) das Erlöschen der Schuld kraft Gesetzes zu verstehen. In dem Augenblick also, in dem die dem Schuldner nachteilige Verfügung (z. B. Entlassung eines Trennstücks aus der Pfandhaft, Gewährung des Vorrangs für eine andere Hypothek) getroffen wird, tritt das Erlöschen der Schuld ein (**RG** 89, 77 in A 1). Nicht etwa steht dem Schuldner, wie im Falle des § 1166, nur das Recht zu, wegen der nachteiligen Verfügung die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern und gegenüber der Schuldklage eine entsprechende Einrede zu erheben (str.; **RG** 58, 427). Da aber der Schuldner nur „insoweit" frei wird, als er benachteiligt ist, so muß er allerdings gegenüber der Schuldklage Art und Umfang der Benachteiligung beweisen. Das Erlöschen der Forderung würde im Falle der Rangverschlechterung, bei der die Hypothek bestehen bleibt, den Übergang der Hypothek (in Höhe der Benachteiligung des Schuldners) als Grundschuld auf den Eigentümer zur Folge haben, wenn § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Anwendung zu bringen wäre. Jedoch ist aus der nach § 880 Abs 2 Satz 2 zu der Rangänderung erforderlichen Zustimmung des Eigentümers zu folgern, daß die Hypothek dem Gläubiger verbleibt, und zwar als Grundschuld (str.). — Der Schuldner kann sich auf § 1165 nicht nur dann berufen, wenn er während des Bestehens der Hypothek, sondern auch dann, wenn er erst nach dem Ausfall der Hypothek in der Zwangsversteigerung vom Gläubiger mit der Schuldklage in Anspruch genommen wird. Denn seine Schuld war schon im Augenblick der Verfügung in Höhe seiner Benachteiligung erloschen (**RG** 58, 427). Übrigens kommt dies nur für den Fall der Rangverschlechterung in Betracht, da im Falle des Verzichts der Eigentümer gemäß §§ 1168, 1177 die Hypothek als Grundschuld erwirbt und im Falle der Aufhebung die Hypothek überhaupt erlischt. — Eine Einwilligung des Schuldners in die Verfügung wird unter Umständen als ein vertragsmäßiges Anerkenntnis des Fortbestehens des Schuldverhältnisses trotz der Verfügung aufgefaßt werden können (str.). Sie kann dann ebenso wie eine Zahlung des Schuldners an den Gläubiger nach Maßgabe des § 812 Abs 1, 2 (sofern nicht § 814 entgegensteht) zurückgefordert werden, wenn sich die Benachteiligung durch die Verfügung demnächst herausstellt. Auch ist eine Vereinbarung, wodurch die Geltung des § 1165 im voraus ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, zulässig, weil § 1165 nur schuldrechtliche Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner betrifft.

3. Voraussetzung für das Erlöschen der Schuld (A 2) infolge des Verzichts, der Aufhebung, der Rangverschlechterung (A 1) ist, daß **der persönliche Schuldner ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können,** daß er also im Falle der Befriedigung

des Gläubigers eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger gehabt und aus der demzufolge auf ihn in dem ursprünglichen Rechtszustande übergegangenen Hypothek (§ 1164 A 2, 3), d. h. mit der dinglichen Klage aus dem Grundstück (§ 1147), Befriedigung wegen seiner Ersatzforderung hätte erzielen können (**RG** 53, 381; 89, 77 in A 1). Hätte ihm die Hypothek auch schon vor der Verfügung (z. B. vor der Rangverschlechterung) keine Befriedigung aus dem (etwa geringwertigen) Grundstück gewährt, so bewirkt die Verfügung nicht das Erlöschen der Forderung. Anderseits bleibt die Möglichkeit einer Befriedigung des ersatzberechtigten persönlichen Schuldners aus dem sonstigen Vermögen des Eigentümers (im Wege der Schuldklage wegen der Ersatzforderung) für die Anwendbarkeit des § 1165 außer Betracht.

§ 1166

Ist der persönliche Schuldner berechtigt, von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen, falls er den Gläubiger befriedigt [1]), so kann er, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt [2]), ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen [3]), die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern [4]), als er infolge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet [5]). Die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist [6]).

E II 1073; P 3 611ff., 688; 4 512.

1. Im engen Zusammenhang mit §§ 1164, 1165 gewährt § 1166 einen Schutz dem von dem Eigentümer verschiedenen **persönlichen Schuldner, der im Falle der Befriedigung des Gläubigers von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen berechtigt ist** (§ 1164 A 3). Könnte der persönliche Schuldner nicht Ersatz verlangen, so steht ihm der Schutz nicht zur Seite, da er kein Recht darauf hat, daß er aus dem Grundstück von seiner Schuld befreit wird (Prot 3, 613). Aber auch auf andere Fälle der persönlichen Haftung für eine Hypothekenforderung, insbesondere auf das Verhältnis des Gläubigers zu einem Bürgen (§ 1164 A 2), ist diese Sonderbestimmung nicht anwendbar (**RG** 65, 138; Warn 1912 Nr 82; JW 1907, 30[32]; OLG 34, 77). Hier kann aber im Einzelfall aus dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses oder aus den geschäftlichen Beziehungen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157) die vertragsmäßige Verpflichtung zu einer dem § 1166 entsprechenden Benachrichtigung sich ergeben (**RG** 65, 140). Dies gilt auch für das Verhältnis des Erwerbers einer Hypothek zu demjenigen, der die Hypothek unter Übernahme der Gewähr für ihre Güte übertragen hat. Läßt der Gläubiger in solchen Fällen den persönlich Haftenden geflissentlich über sein Betreiben der Zwangsversteigerung in Unkenntnis, um das Grundstück billig zu erstehen und dann wegen des Ausfalls sich an den persönlich Haftenden zu wenden, so kann auch ein Schadensersatzanspruch nach § 826 gegeben sein (**RG** 65, 142). — § 1166 gewährt nach seinem Wortlaut nur dem persönlichen Schuldner Schutz, der gegen den „Eigentümer" einen Ersatzanspruch hat, während § 1164 auch den persönlichen Schuldner miteinbegreift, dem ein Ersatzanspruch gegen „einen Rechtsvorgänger des Eigentümers" zusteht. Da aber § 1166 und § 1164 in engem Zusammenhang stehen und beide Vorschriften denselben Zweck verfolgen, nämlich den nur persönlich verpflichteten Schuldner, dem ein Ersatzanspruch gegen den dinglich Verpflichteten zusteht, mit Rücksicht hierauf dagegen zu schützen, daß er durch seine Inanspruchnahme seitens des Gläubigers eine Vermögenseinbuße erleide, so ist auch für die Anwendung des § 1166 dem Bestehen eines Ersatzanspruchs gegen den gegenwärtigen Eigentümer das Bestehen eines Ersatzanspruchs gegen einen Rechtsvorgänger des Eigentümers, also gegen einen früheren Eigentümer (§ 1164 A 3), gleichzustellen. Dies ist umsomehr berechtigt, als die 2. Kommission, auf deren Beschlüssen die Vorschrift beruht (Prot 3, 613), durch die Bestimmung des Ersatzanspruchs als Erfordernis nur bezweckte, den Fall auszuscheiden, daß der persönliche Schuldner auch dem Eigentümer gegenüber zur Tragung der Schuld verbunden wäre. Hieraus wird in **RG** JW 1916, 1409[2] die Anwendbarkeit des § 1166 auf folgenden Tatbestand gefolgert: Der gegenwärtige Eigentümer hatte das Grundstück von einer offenen Handelsgesellschaft, die persönliche Schuldnerin einer Restkaufgeldhypothek war, unter Übernahme der Hypothek erworben; einem aus der Gesellschaft ausgeschiedenen, aber nach §§ 128, 159 HGB für die persönliche Schuld noch mithaftenden Gesellschafter hätte also im Falle der Befriedigung des Hypothekengläubigers ein Ersatzanspruch gegen einen Rechtsvorgänger des Eigentümers zugestanden, weil er nach § 738 Abs 1 BGB, § 105 Abs 2 HGB Ersatz seiner Aufwendung von der Gesellschaft hätte verlangen können. Dieser Ersatzanspruch ist jedoch kein solcher im Sinne des § 1166. Denn er beruht auf dem Gesellschaftsverhältnis, nicht auf Rechtsbeziehungen zwischen dem schuldrechtlich Verpflichteten und der Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als früherer Grundstückseigentümerin. Vielmehr verhält es sich hier nicht anders, als wenn mehrere Personen Gesamtschuldner der Hypothekenforderung sind und einer von ihnen die dem Eigentümer

(hier nach § 415 Abs 3) obliegende Verpflichtung, den Hypothekengläubiger zu befriedigen, an Stelle des Eigentümers erfüllt. Sofern der den Hypothekengläubiger befriedigende Gesamtschuldner nicht aus dem Verpflichtungsverhältnis des Eigentümers gegenüber den Gesamtschuldnern für sich allein (vgl. §§ 420, 428) einen vertraglichen Anspruch auf Ersatz des Geleisteten gegen den Eigentümer hat, steht ihm doch jedenfalls gegen diesen wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812) ein Ersatzanspruch zu. Danach ergibt sich von diesem rechtlichen Gesichtspunkt aus die besprochene Entscheidung als gerechtfertigt. — § 1166 findet auf alle Hypothekenarten Anwendung, auch auf Hypotheken des früheren Rechts (OLG 8, 114), aber nicht auf Grundschulden (§ 1192 A 1).

2. Nur **wenn der Gläubiger selbst die Zwangsversteigerung betreibt,** liegt ihm die Benachrichtigungspflicht ob. Von der Zwangsversteigerung, die ein anderer betreibt, brauchen die Hypothekengläubiger ihre persönlichen Schuldner nicht zu benachrichtigen (Prot 3, 612; **RG** 65, 138; JW 1902 Beil 222[76]; OLG 29, 369). Jedoch ist der einem bereits eingeleiteten Verfahren beitretende Gläubiger einem betreibenden Gläubiger gleichzustellen (§ 27 ZVG; OLG 8, 145; 29, 369).

3. Der Gläubiger hat den persönlichen Schuldner **unverzüglich zu benachrichtigen,** d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs 1 Satz 1), sobald (OLG 12, 136) auf seinen Antrag die Zwangsversteigerung eingeleitet oder sein Beitritt zum Verfahren zugelassen ist (A 2). Dem Schuldner soll dadurch Gelegenheit gegeben werden, durch eigenes Mitbieten oder Herbeischaffung anderer Bieter den Ausfall der Hypothek des Gläubigers zu verhindern (Prot 3, 612; OLG 26, 159). Die Benachrichtigung muß der Einleitung der Zwangsversteigerung nachfolgen und die Mitteilung enthalten, daß die Zwangsversteigerung eingeleitet sei. Eine vorhergehende Benachrichtigung, daß der Gläubiger (z. B. wegen Nichtzahlung der Hypothekenzinsen) beabsichtige, die Zwangsversteigerung zu betreiben, genügt nicht (OLG 26, 159). Von dem weiteren Verfahren, insbesondere von der Anberaumung des Versteigerungstermins, muß sich der Schuldner auf Grund der Benachrichtigung selbst Kenntnis verschaffen. Wegen der Schadensersatzpflicht eines vom Gläubiger bevollmächtigten Rechtsanwalts, der die Benachrichtigung des Schuldners unterlassen hat: **RG** JW 1909, 496[19]. Sind mehrere Personen Gesamtschuldner der Hypothekenforderung, so muß der Gläubiger, wenn er seinen Anspruch gegen alle Gesamtschuldner sich ungeschwächt erhalten will, jeden für sich über das Versteigerungsverfahren unterrichten (§ 425; **RG** JW 1916, 1409[2]; A 1).

4. Infolge Unterlassung der Benachrichtigung erlischt nicht die Schuld kraft Gesetzes, wie im Falle des § 1165 (dort A 2), sondern **der Schuldner kann die Befriedigung des Gläubigers wegen des Ausfalls verweigern.** Dem Schuldner steht also gegenüber der Schuldklage des Gläubigers nur eine Einrede auf Abzug des Schadensbetrags von der an sich bestehenden Forderung zu. Hat der Schuldner noch rechtzeitig vor dem Versteigerungstermin anderweit (z. B. weil er selbst Hypothekengläubiger war) Kenntnis von dem Verfahren erlangt, so kann er den Einwand nicht erheben, weil sein Schaden dann nicht in ursächlichem Zusammenhang mit der Unterlassung der Benachrichtigung seitens des Gläubigers steht (Prot 3, 613; **RG** 54, 372; Warn 1911 Nr 273; Gruch 61, 137). Auf das Recht, das § 1166 ihm gewährt, kann der Schuldner im voraus verzichten. Da jedoch ein solcher Verzicht lediglich das persönliche Schuldverhältnis betrifft, ist er nicht eintragungsfähig (str.).

5. Der Schuldner muß gegenüber der Schuldklage beweisen, daß und zu welchem Betrage er **infolge der Unterlassung einen Schaden erlitten hat.** Denn nur insoweit, als dies der Fall ist, kann er die Befriedigung des Gläubigers verweigern (**RG** Gruch 61, 139). Er hat also darzutun, daß er, wenn der Gläubiger ihn von der Zwangsversteigerung rechtzeitig (A 3) benachrichtigt hätte, in der Lage gewesen wäre, selbst oder durch andere die Hypothekenforderung auszubieten und hierdurch den Ausfall des Gläubigers zu verhindern (**RG** 54, 374). Ferner muß er im Bestreitungsfalle nachweisen, daß ihm im Falle der Befriedigung des Gläubigers eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer zustände (A 1). Behauptet der Gläubiger, daß er den Schuldner unverzüglich benachrichtigt habe, so muß er dies beweisen. Denn aus § 1166 ergibt sich, daß der Gläubiger, der die Zwangsversteigerung selbst betreibt, die gesetzliche Verpflichtung zur Benachrichtigung hat; die Erfüllung dieser Verpflichtung ist also zur Rechtfertigung der Ausfallklage erforderlich (str.; **RG** 54, 373). Entspricht der Versteigerungspreis dem wirklichen Wert des Grundstücks, so wird ein Schaden des Schuldners nicht nachweisbar sein. Hat der Gläubiger das Grundstück selbst ersteigert, so braucht er sich den Betrag, um den der Wert des Grundstücks den Versteigerungspreis übersteigt, nicht abrechnen zu lassen, da er keinen Schadensersatzanspruch, bei dem eine Ausgleichung mit dem erlangten Vorteil stattzufinden hätte, geltend macht, sondern eine Forderung auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses (**RG** 65, 57). Den Fall, daß der Gläubiger nur einen Teil seiner Ausfallforderung geltend macht, behandelt das Urteil in **RG** 54, 374 ff.

6. Da nur dann **die Benachrichtigung unterbleiben darf, wenn sie untunlich ist,** muß der Gläubiger, der die Benachrichtigung unterlassen hat, die Untunlichkeit (z. B. wegen Unbekanntheit des Aufenthaltsorts des Schuldners) beweisen, wenn er sich darauf beruft. Ist der Schuldner von seinem früheren Wohnort verzogen und kommt ein an ihn gerichtetes Benachrichtigungsschreiben

als unbestellbar von der Post zurück, so braucht der Gläubiger keine Nachforschungen nach dem Verbleib des Schuldners anzustellen; die Benachrichtigung hat dann vielmehr als untunlich zu gelten (OLG 31, 352).

§ 1167

Erwirbt der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt, die Hypothek [1]) oder hat er im Falle der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs [2]), so stehen ihm die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte zu [3]).

E I 1096, 1119 II 1074; M 3 731, 758; P 3 610, 665.

1. Der von dem Eigentümer verschiedene **persönliche Schuldner erwirbt im Falle der Befriedigung des Gläubigers die Hypothek:** wenn er von dem Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann (§ 1164 A 2, 3); wenn die Forderung mit der Hypothek (wie z. B. in den Fällen der Gesamtschuld oder der Bürgschaft: § 1164 A 2) auf ihn übergeht; im Falle der Gesamthypothek, wenn er von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann (§ 1174).

2. Der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner hat im Falle der Befriedigung des Gläubigers **ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs** z. B.: wenn durch die Hypothekbestellung für seine Schuld Sicherheit vom Eigentümer geleistet worden ist; wenn er beim Verkauf des Grundstücks sich dem Erwerber gegenüber zur Freistellung des Grundstücks von der Hypothek verpflichtet hat.

3. In den in A 1, 2 bezeichneten Fällen kann der persönliche Schuldner vom Gläubiger nicht nur, wie sonst, Quittung über die Zahlung (§ 368) und Rückgabe des Schuldscheins (§ 371) sowie in den Fällen des Hypothekübergangs kraft Gesetzes Anerkennung dieses Übergangs in urkundlicher Form (§§ 410, 412) verlangen, sondern **ihm stehen** auch auf Grund des seine Rechte erweiternden § 1167 **die in den §§ 1144, 1145 bezeichneten Rechte zu,** also die Rechte, die durch diese Vorschriften dem den Gläubiger befriedigenden Eigentümer gegeben sind. Das Nähere hierüber ist in den Erläuterungen zu diesen Paragraphen gesagt. Hervorzuheben ist hier, daß der Schuldner bei der Briefhypothek vom Gläubiger, den er vollständig befriedigt, die Aushändigung des Briefs (§ 1144), im Falle teilweiser Befriedigung aber die Vorlegung des Briefs zu den im § 1145 bezeichneten Zwecken (Grundbuchberichtigung, Löschung, Teilhypothekenbrief) verlangen kann (§ 1145). Will er in den Fällen der A 1 die Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen, so muß ihm der Gläubiger ein Befriedigungsbekenntnis in der Form des § 29 GBO ausstellen (§ 1144). Wegen des weiter erforderlichen Nachweises des Bestehens einer Ersatzforderung, worüber der Gläubiger keine Auskunft geben und daher auch keine bestätigende Urkunde ausstellen kann, vgl. § 1164 A 2. Soll in den Fällen der A 2 die Hypothek gelöscht werden, so genügt eine vom Gläubiger in der Form des § 29 GBO ausgestellte Löschungsbewilligung. Jedoch bedarf es zur Löschung gemäß § 27 GBO der Zustimmung des Eigentümers. Die Vorschrift des § 1167 gilt für alle Hypothekenarten, aber nicht für Grundschulden (§ 1192 A 1).

§ 1168

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek [1]), so erwirbt sie der Eigentümer [2]).

Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber zu erklären [3]) und bedarf der Eintragung in das Grundbuch [4]). Die Vorschriften des § 875 Abs 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung [5]).

Verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek, so stehen dem Eigentümer die im § 1145 bestimmten Rechte zu [6]).

E I 1091 II 1075; M 3 719; P 3 602.

1. Nach § 875 ist zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich. Dabei ist es gleichbedeutend, ob der Berechtigte erklärt, er gebe das Recht auf oder er verzichte auf das Recht (Prot 3, 70; 3, 616). Bei der Hypothek aber ist zu unterscheiden zwischen **Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek** und Aufhebung der Hypothek (RG 78, 69). Ein Verzicht liegt nach § 1168 Abs 2 Satz 1 vor, wenn der Gläubiger eine gewisse Erklärung hinsichtlich des hypothekarischen Rechts in der Form des Abs 2 Halbs 1 abgegeben hat und der Inhalt dieser Erklärung in das Grundbuch eingetragen ist. Die Aufhebung der Hypothek dagegen ist nach §§ 875, 1183 zustande gekommen, wenn der Gläubiger eine gewisse Erklärung hinsichtlich der Hypothek in der Form des § 875 Satz 2 abgegeben, der Eigentümer seine Zustimmung zur Aufhebung erklärt hat und die Hypothek im Grundbuch gelöscht ist. Der Verzicht hat nicht die Wirkung, daß das hypo

thekarische Recht erlischt sondern bewirkt nur, daß der Verzichtende seines Gläubigerrechts verlustig geht und das hypothekarische Recht vom Eigentümer erworben wird (Prot 3, 602; **RG** 78, 69; IFG 4, 437). Deshalb wird die Erklärung des Verzichtenden etwa dahin zu lauten haben: „Ich verzichte auf die mir an der Hypothek zustehenden Rechte", und wird demgemäß in das Grundbuch einzutragen sein: „Der Gläubiger hat auf die ihm an der Hypothek zustehenden Rechte verzichtet." Will der Gläubiger dagegen die Hypothek zur Aufhebung bringen, so wird er, ohne Beziehung auf seine persönliche Berechtigung, gemäß § 875 etwa zu erklären haben: „Die Hypothek wird aufgegeben." In beiden Fällen sind die Erklärungen einseitige. Auch im Falle der Aufhebung ist aus dem weiteren Erfordernis der Zustimmung des Eigentümers nicht zu folgern, daß ein dinglicher Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer notwendig ist; vielmehr ist die Zustimmung auch eine einseitige Erklärung (Prot 3, 615). Verzichtserklärung und Aufhebungserklärung müssen nur inhaltlich voneinander verschieden sein und ergeben, daß der Wille des Verzichtenden nur auf Beseitigung seines hypothekarischen Gläubigerrechts, der Wille des Aufhebenden (z. B. bei Entpfändung eines Grundstücksteils) auf Beseitigung des Hypothekarrechts überhaupt gerichtet ist (RJA 3, 35; 11, 155; KGJ 25 A S. 275, 316; OLG 15, 380; § 875 A 3). Eine L ö s c h u n g s b e w i l l i g u n g z. B. ist keine Verzichtserklärung. Ob darin sachlich eine Aufhebungserklärung zu erblicken ist, wird nach Lage des Einzelfalls unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Rechtsvorgänge zu entscheiden sein. Formellrechtlich (§ 19 GBO) rechtfertigt sie jedenfalls den Antrag auf Löschung der Hypothek (wenn der Eigentümer zustimmt: § 27 GBO), aber nicht den Antrag auf Eintragung eines Verzichts (KGJ 32 A 260; 38 A 275; RJA 8, 41; 10, 242). Dies gilt auch von einem Urteil, durch das der Hypothekengläubiger zufolge Anfechtung des Konkursverwalters (§§ 29ff. KO) zur Bewilligung der Löschung der für ihn vom Gemeinschuldner bestellten Hypothek (gemäß § 894 ZPO) verurteilt worden ist (KGJ 39 A 226). Die l ö s c h u n g s f ä h i g e Q u i t t u n g des Hypothekengläubigers enthält regelmäßig weder eine Aufgabeerklärung nach § 875 noch eine Verzichtserklärung nach § 1168, sondern lediglich die materiellrechtliche Erklärung des § 368 BGB in Ansehung der persönlichen Forderung und die formale Grundbucherklärung nach § 19 GBO. Läßt der Eigentümer dann die kraft Gesetzes (§ 1163) auf ihn übergegangene Hypothek löschen, so enthält s e i n L ö s c h u n g s a n t r a g die Aufgabeerklärung des § 875 und zugleich die Zustimmung des § 1183 (**RG** HRR 1931 Nr 1643). — Der Verzicht hat n i c h t zur Folge, daß die p e r s ö n l i c h e F o r d e r u n g e r l i s c h t. Vielmehr bleibt diese für den Verzichtenden bestehen (**RG** Warn 1911 Nr 191; RJA 3, 36), sofern er sie nicht durch einen (formlos gültigen) Vertrag mit dem persönlichen Schuldner gemäß § 397 erläßt. Im letzteren Falle wird übrigens die Hypothek nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 ebenfalls zur Eigentümergrundschuld, es sei denn, daß der Schuldner infolge der Befriedigung des Gläubigers durch den Erlaß eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer erlangt und daher § 1164 Platz greift (§ 1164 A 1). Steht bei einer Höchstbetragshypothek die Nichtentstehung der gesicherten zukünftigen Forderung ganz oder zu einem Teil bereits fest, so hat eine Verzichtserklärung des eingetragenen Gläubigers nicht die Bedeutung des § 1168. Vielmehr bedeutet sie nur das Anerkenntnis des Gläubigers, daß die Forderung nicht entstanden und die der vorläufigen Eigentümergrundschuld anhaftende auflösende Bedingung (§ 1190 A 1) nunmehr im Umfange des Verzichts endgültig in Wegfall gekommen sei; an der Eigentümergrundschuld selbst ändert der Verzicht nichts (**RG** 97, 228). — § 1168 findet auf a l l e H y p o t h e k e n a r t e n Anwendung, auch auf Sicherungshypotheken. Eine Ausnahmebestimmung gibt § 1178 Abs 2 bei der Hypothek für Rückstände an Zinsen usw. und für Kosten. Unanwendbar ist § 1168 auf Hypothekvormerkungen (§ 883 A 8). Über den Verzicht auf eine G r u n d s c h u l d vgl. § 1192 A 1 Abs 2, 3. — Ist die nicht in das geringste Gebot aufgenommene Hypothek gemäß §§ 52, 91 ZVG d u r c h Z u s c h l a g i n d e r Z w a n g s v e r s t e i g e r u n g e r l o s c h e n, so kann weder ein Verzicht nach § 1168 noch eine Aufhebung nach §§ 875, 1183 mehr in Frage kommen. Denn die Hypothek bleibt zwar zunächst auch noch nach dem Zuschlag bis zur Berichtigung des Grundbuchs auf Grund des Ersuchens des Vollstreckungsgerichts (§ 130 ZVG) im Grundbuch eingetragen, besteht aber als dingliches Recht an dem zwangsversteigerten Grundstück nicht mehr. An ihre Stelle ist das Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse getreten (**RG** 55, 264; 63, 216; 69, 251; 71, 412; 76, 377; 121, 75). Streitig ist, ob dieses Recht auf den Vollstreckungsschuldner übergeht, wenn der Gläubiger nach dem Zuschlag, insbesondere im Verteilungstermin, auf Geltendmachung des Rechts verzichtet. Dies ist zu verneinen. Das Hypothekenrecht als solches ist durch den Zuschlag nicht minder beseitigt, als wenn es rechtsgeschäftlich aufgehoben und im Grundbuch gelöscht wäre. Auch ist der Vollstreckungsschuldner nicht mehr Eigentümer des Grundstücks (§ 90 ZVG), so daß eine Eintragung des Verzichts auf ein Recht an seinem Grundstück nicht stattfinden kann. Der Ersteher ist zwar Eigentümer, aber sein Grundstück ist mit dem Hypothekenrecht nicht belastet. Auch die Vertreter der gegenteiligen Meinung wollen die für eine bestehende Hypothek geltenden Grundsätze, insbesondere den § 1168, auch das Recht am Versteigerungserlöse nur entsprechend zur Anwendung gebracht wissen, weil das Hypothekenrecht nach dem Erlöschen sich an dem Versteigerungserlöse fortsetze und dieser dem Vollstreckungsschuldner gehöre. Letzteres ist allerdings richtig. Nach dem aus den §§ 10, 37 Nr 5, 92, 109, 110, 118, 128 ZVG sich ergebenden Grundsatz, daß der Versteigerungserlös an die Stelle des Grundstücks tritt, ergreift das Er-

satzrecht im Verhältnisse zu anderen Rechten am Grundstück, namentlich hinsichtlich des Ranges, den Versteigerungserlös in denselben Grenzen der Befugnisse und Beschränkungen, wie sie für die Hypothek aus dem Stande der Grundstücksbelastungen folgten (RG 55, 264; 69, 251; 71, 413; 76, 377; 101, 120; 123, 339; 125, 367; 127, 355; JW 1908, 555[16]; RJA 12, 275). Aber ein Hypothekenrecht und überhaupt ein Recht am Grundstück ist das Ersatzrecht nicht, da es nicht an einem Grundstück, sondern an der Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Ersteher auf Zahlung des baren Versteigerungserlöses besteht (RG 55, 264; 63, 216; 69, 251; 76, 377; 121, 75). Wollte man das Ersatzrecht noch als ein Hypothekenrecht ansehen, so müßte man folgerichtig auch den Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse, der nach § 92 ZVG an die Stelle eines nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichteten, durch den Zuschlag erlöschenden Rechts tritt, noch als ein Recht an einem Grundstück, mithin z. B. den an die Stelle einer Grunddienstbarkeit tretenden Wertersatzanspruch als Grunddienstbarkeit ansehen. Das würde aber mit der rechtlichen Natur dieser dinglichen Rechte an Grundstücken unvereinbar sein (RG 76, 377). Zur Aufhebung der anderen dinglichen Rechte, z. B. auch des Nießbrauchs oder der Reallast, genügt vor dem Zuschlag nach § 875 die Aufgabeerklärung oder die Verzichtserklärung des Berechtigten. Die Zustimmung des Eigentümers ist nicht erforderlich. Auch findet ein Übergang des Rechts auf den Eigentümer kraft jener Erklärungen des Berechtigten nicht statt. Daher muß auch nach dem Zuschlag zur Aufhebung des an die Stelle der dinglichen Rechte tretenden Rechts auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlöse die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er das Ersatzrecht aufgebe oder daß er darauf verzichte, genügen. Weshalb aber für das an die Stelle des Hypothekenrechts tretende Ersatzrecht etwas anderes gelten soll, ist nicht einzusehen. Will der Hypothekengläubiger dem bisherigen Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) das Ersatzrecht zuweisen, so ist nicht der für die bestehenden hypothekarischen Rechte eigentümliche Verzicht mit der Wirkung des gesetzlichen Übergangs auf den Eigentümer, sondern die rechtsgeschäftliche Übertragung des Ersatzrechts gemäß § 413 der gegebene Weg. Das Gesetz hätte darüber Bestimmung treffen müssen, wenn für das Recht auf den Versteigerungserlös bezüglich des Übergangs auf den bisherigen Eigentümer durch Verzicht Ähnliches gelten sollte wie für das Hypothekenrecht, wenn insbesondere die Formvorschrift des § 1168 Abs 2 auch hier hätte Platz greifen sollen. Erklärt also der Gläubiger, daß er auf das Ersatzrecht verzichte oder daß er auf den Versteigerungserlös keinen Anspruch erhebe, so ist darin eine Aufhebungserklärung im gewöhnlichen Sinne zu erblicken. Fraglich kann nur sein, ob auf diese Aufhebung § 1183 entsprechend anzuwenden und folglich zur Wirksamkeit der Aufhebungserklärung die Zustimmung des bisherigen Eigentümers zu erfordern ist. Auch dies ist zu verneinen. Denn § 1183 ist gleichfalls eine der Hypothek eigentümliche Bestimmung, die darauf beruht, daß dem Eigentümer die Möglichkeit erhalten bleiben soll, die Hypothek zu erwerben und über sie zu verfügen (§ 1183 A 1). Hiervon kann aber nicht mehr die Rede sein, nachdem der Vollstreckungsschuldner seines Eigentums verlustig gegangen und die Hypothek durch den Zuschlag erloschen ist. Wenn man mit der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Hypothek beginnt, ist eine Grenze nicht zu finden. Z. B. müßten dann für das Ersatzrecht auch entsprechend gelten: § 1153 (Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung), die Vorschriften über die Übertragung und die Pfändung der Hypothek (dagegen § 1154 A 1), der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 (dagegen RG 76, 377). Zuzugeben ist allerdings, daß auf den persönlichen Schuldner, der nach dem Zuschlag den Gläubiger befriedigt und einen Ersatzanspruch gegen den bisherigen Eigentümer hat, das an die Stelle der Hypothek getretene Ersatzrecht gemäß § 1164 übergeht. Dies ist aber aus dem Grundsatz zu folgern, daß, soweit es sich um ein Recht oder eine Anwartschaft auf den Erwerb der Hypothek kraft Gesetzes oder um Wahrung sonstiger Rechte Dritter (z. B. auch Verfügungsbeschränkungen: vgl. §§ 2113, 2114) handelt, nach dem Zuschlag an die Stelle der Hypothek das Ersatzrecht tritt (RG 75, 316). Von diesem Gesichtspunkt des Bestehens einer Anwartschaft aus ist auch der Ansicht beizustimmen, daß das an die Stelle der erloschenen Hypothek getretene Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös entsprechend dem § 1163 Abs 1 Satz 2 auf den Eigentümer übergeht, wenn der Hypothekengläubiger nach dem Zuschlag aus dem Vermögen des Eigentümers (z. B. aus anderen Sicherheiten, die ihm gegeben worden sind) Befriedigung erlangt (RG 88, 304). Näher läge hier im übrigen die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung (hier der Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Ersteher). Nach § 1255 genügt zur Aufhebung des Pfandrechts die Erklärung des Pfandgläubigers, daß er das Pfandrecht aufgebe. Erklärt daher der Gläubiger, daß er auf den Versteigerungserlös keinen Anspruch erhebe oder daß er darauf verzichte, so wird der Erlös von seinem Rechte frei, so daß der betreffende Erlösteil den nachstehenden Berechtigten zufällt. Zum Verzicht, der die persönliche Forderung unberührt läßt, bedarf es keines Erlaßvertrags nach § 397. Da es sich um ein Recht auf dinglicher Grundlage handelt, genügt vielmehr eine formlose einseitige Erklärung gegenüber dem Vollstreckungsschuldner (nicht gegenüber dem persönlichen Schuldner der Forderung) oder gegenüber dem Vollstreckungsgericht, das bei der Verteilung des Erlöses jenen vertritt (RG 55, 260; 60, 253; Gruch 54, 1027; vgl. auch RG 64, 194; 71, 412; zweifelnd RG 88, 305). Über den Verzicht auf das an die Stelle einer Grundschuld tretende Recht auf den Versteigerungserlös: § 1192 A 1 Abs 3. —

Wird die persönliche Schuld gemäß §§ 414, 415 von einem anderen übernommen, so daß der bisherige Schuldner frei wird, so tritt nach § 418 Abs 1 Satz 2, 3 die gleiche Wirkung ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Der Eigentümer erwirbt also die Hypothek. Willigt aber der (vom Schuldner verschiedene) Eigentümer (wie z. B. in dem regelmäßigen Falle der Schuldübernahme durch den Erwerber nach § 416) in die Schuldübernahme ein, so behält der Gläubiger die Hypothek.

2. **Der Eigentümer erwirbt die Hypothek** kraft Gesetzes, ohne daß es seiner Eintragung als Gläubiger bedarf, in dem Augenblick, in dem der Verzicht (durch die Eintragung oder die etwa erst nachfolgende Verzichtserklärung: A 4) rechtswirksam vollzogen ist. Erwerber ist derjenige, der in diesem Zeitpunkt Eigentümer ist. Er erwirbt die Hypothek gemäß § 1177 Abs 1 als Grundschuld. Bleibt die persönliche Forderung in der Hand des Gläubigers bestehen (A 1), so wird die Forderung von dem hypothekarischen Recht getrennt. Aus § 1168 ergibt sich, daß beim Verzicht auf die Hypothek stets zwei Personen zusammenwirken müssen: der Gläubiger, der das dingliche Recht aufgibt, und der Eigentümer, dem dieses Recht erhalten wird (JFG 7, 363). Für die Gesamthypothek gelten die Sonderbestimmungen des § 1175. Über das Erfordernis der Eintragung des Eigentümers als Inhabers der Grundschuld, wenn er über diese verfügen will: § 1163 A 3.

3. Für die **Verzichtserklärung dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber** gilt hinsichtlich der Form und des Zeitpunkts der Wirksamkeit das im § 875 A 7, 8 Bemerkte. Hinsichtlich des erforderlichen Inhalts der Erklärung jedoch s. A 1. Ein vom eingetragenen Gläubiger dem Eigentümer gegenüber erklärter Verzicht ist nach § 893 auch dann wirksam, wenn der Eingetragene nicht wahrer Gläubiger ist (str.).

4. Während zur Aufhebung der Hypothek nach § 875 die Löschung erforderlich ist, **bedarf der Verzicht der Eintragung in das Grundbuch.** Über den Inhalt des Eintragungsvermerks s. A 1. Für die Stelle der Einschreibung sind gemäß § 1 GBO die landesrechtlichen Vorschriften maßgebend. In die für Löschungen bestimmte Stelle gehört der Verzicht nicht, da eine Löschung nicht erfolgt. Ist landesrechtlich eine Spalte für Veränderungen bestimmt, so ist in dieser die Einschreibung vorzunehmen. Jedoch ist eine Einschreibung an unrichtiger Stelle auf die Wirksamkeit des Verzichts ohne Einfluß (§ 873 A 10). Die Eintragung ist auch im Falle einer Briefhypothek erforderlich. Gemäß § 42 GBO ist dem Grundbuchamt der Brief vorzulegen (vgl. auch § 62 GBO). Der Zustimmung des Eigentümers bedarf es auch nach formellem Recht nicht, da er in seinem Eigentumsrecht nicht im Sinne des § 19 GBO betroffen wird (KGJ 25 A 317; OLG 6, 101; 10, 89; RJA 11, 155). Für die vorherige Eintragung des Gläubigers gelten die §§ 40ff. GBO. Die Verzichtserklärung braucht der Eintragung nicht notwendig voranzugehen. Folgt sie dieser nach, so liegt ein wirksamer Verzicht erst im Zeitpunkt der nachträglichen Verzichtserklärung vor (§ 873 A 7c, 10). — Nach Artt 7, 8, 27 DurchfVO z. AufwG. ist die Eintragung des Verzichts auf eine aufgewertete Hypothek oder Grundschuld auch dann zulässig, wenn der Aufwertungsbetrag noch nicht eingetragen ist. Ebenso kann der Verzicht eingetragen werden, wenn die Hypothek oder Grundschuld gelöscht und noch nicht gemäß § 20 AufwG wieder eingetragen ist (RG 120, 234). Sachlich-rechtlich ist zur dinglichen Wirksamkeit des Verzichts sowohl bei der noch eingetragenen, aufgewerteten Hypothek (Grundschuld) als auch bei der gelöschten, aber nach § 14 oder § 15 und § 20 AufwG aufzuwertenden und wiedereintragbaren Hypothek (Grundschuld) die Eintragung des Verzichts notwendig. Die Erklärung der Zurücknahme der gemäß § 16 AufwG erfolgten Anmeldung der Aufwertung hat, auch wenn ihr die Absicht des Gläubigers zugrunde liegt, auf die aufzuwertende Hypothek zu verzichten, für sich allein die Wirkung nicht, das Gläubigerrecht zu beseitigen (RG 120, 230). Doch kann in einer solchen Erklärung die schuldrechtliche Verpflichtung des Aufwertungsgläubigers, auf das dingliche Recht zu verzichten, zum Ausdruck kommen (RG 8. 7. 1929 V 52/29; 29. 1. 1930 V 120/29). Der Verzicht des Aufwertungsgläubigers auf die Eintragung einer Ersatzhypothek für die infolge Fristversäumung von der Wiedereintragung ausgeschlossene Aufwertungshypothek (§§ 1, 4 GrVerG v. 18. 7. 1930) ist nicht eintragbar, wenn der Gläubiger vor der Verzichtserklärung wegen seines Aufwertungsanspruchs befriedigt ist (HRR 1932 Nr 2149). Der Verzicht auf eine aufgewertete Eigentümergrundschuld kann nicht eingetragen werden. Die Eintragung des Verzichts auf eine Eigentümergrundschuld ist überhaupt unzulässig, da ein Verzicht begrifflich nur dann möglich ist, wenn Gläubiger und Eigentümer verschiedene Personen sind (A 2). Lediglich eine Aufhebung der Eigentümergrundschuld gemäß § 1183 (A 1) kann erfolgen (JFG 4, 433).

5. Aus der **entsprechenden Anwendung der §§ 875 Abs 2, 876, 878** folgt: Vor der Eintragung des Verzichts ist der Gläubiger an seine Erklärung nur gebunden, wenn er den Verzicht dem Grundbuchamt gegenüber erklärt oder eine in der Form des § 29 GBO ausgestellte Urkunde über die Bewilligung der Eintragung des Verzichts dem Eigentümer ausgehändigt hat (§ 875 Abs 2; § 875 A 9, 10, 11). Ist die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet, so bedarf es dessen Zustimmung zum Verzicht (§ 876). Die Verzichtserklärung wird nicht unwirksam durch Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des Gläubigers in der Zeit zwischen der bindenden Abgabe der Erklärung und der Stellung des Eintragungsantrags (§ 878).

6. Verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek in der Form des Abs 2, so erwirbt der Eigentümer nur diesen Teil als Grundschuld. Die Hypothek des Gläubigers für den anderen Forderungsteil hat nach § 1176 den Vorrang vor der Grundschuld. Ebenso wie im Falle des Verzichts auf die ganze Hypothek kann der Eigentümer auch hier auf Grund der Verzichtseintragung und seiner Eigentumseintragung die Grundschuld auf seinen Namen umschreiben lassen. Bei der Briefhypothek wird der Eigentümer im Falle des völligen Verzichts Eigentümer des Briefs gemäß § 952, kann also vom Gläubiger Herausgabe des Briefs verlangen, falls ihm dieser nicht schon nach der Verzichtseintragung ausgehändigt worden ist (§ 985; RG 69, 40). Im Falle des teilweisen Verzichts **stehen dem Eigentümer die im § 1145 bestimmten Rechte zu,** insbesondere das Recht auf Vorlegung des Briefs zum Zwecke der Umschreibung der Teilgrundschuld auf seinen Namen und zum Zwecke der Herstellung eines Teilgrundschuldbriefs. Dagegen kann er weder die Aushändigung des Briefs noch die Einräumung des Mitbesitzes verlangen (RG 69, 42).

§ 1169

Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird [1]), so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet [2]).

E I 1093 II 1076; M 3 724f.; P 3 601f.

1. Eine dem Eigentümer zustehende Einrede, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, ist z. B. die Einrede: der rechtskräftigen Abweisung des Gläubigers mit seiner Hypothekenforderung (§ 1137 A 2); der Hypothekbestellung ohne rechtlichen Grund (vgl. § 821); aus § 812 Abs 2 (Bereicherungseinrede), daß für das selbständige Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781, worauf die Hypothekenforderung gegründet ist, der rechtliche Grund nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen sei (RG 86, 305); der Erlangung der Hypothek durch unerlaubte Handlung (vgl. § 853); der vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung, die Hypothek dauernd nicht geltend zu machen (RG 67, 390); des Bestehens eines Minderungsanspruchs wegen Mängel des gekauften Grundstücks (§ 462) gegenüber der durch Hypothek gesicherten Kaufpreisforderung (RG 71, 12; 74, 294; Gruch 58, 1041). Über sonstige dem Eigentümer zustehende Einreden vgl. die Bemerkungen zu §§ 1137, 1157. Zu diesen gehört auch (§ 1137 Abs 1) eine dem persönlichen Schuldner zustehende, die Geltendmachung der Hypothekenforderung dauernd ausschließende Einrede (RG JW 1916, 908[7]). Dagegen gehören nicht hierher die Einreden, die nur *verzögerlicher* Natur sind, wie die der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrags (§ 202). Auch nicht Einreden, welche die Art der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück betreffen (z. B. daß der Gläubiger nach getroffener Abrede nur aus den Mietzinsen soll Befriedigung suchen, nicht selbst die Zwangsversteigerung des Grundstücks soll betreiben dürfen: RG Gruch 58, 975). Ferner bezieht sich § 1169 nicht auf *Einwendungen*, die den Bestand des dinglichen Rechts oder des Gläubigerrechts überhaupt *verneinen*, z. B. auf den Einwand der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit und erfolgten Anfechtung der Hypothekbestellung, der Aufrechnung mit einer Gegenforderung. In derartigen Fällen ist die Berichtigungsklage gemäß §§ 894ff. gegeben (RG 74, 214, wo aber die Einrede des Eigentümers wegen Freiwerdens von der dinglichen Haftung als unter § 1169 fallend erachtet ist). Weiter kommen nicht in Betracht die Einreden der *Verjährung* und der *beschränkten Erbenhaftung*. Denn sie können nach §§ 902, 223 Abs 1, 1137 Abs 1 Satz 2 gegenüber dem dinglichen Anspruch überhaupt nicht geltend gemacht werden. — Die Vorschrift gilt für *alle Hypothekenarten*, auch für Sicherungshypotheken (RG 74, 215). Nach § 1192 gilt sie auch für die *Grundschuld*. So kann z. B. der die Grundschuld bestellende Eigentümer von dem Grundschuldgläubiger Verzicht auf die Grundschuld verlangen, wenn sie ohne rechtlichen Grund bestellt ist, weil sie zur Sicherung einer Forderung dienen sollte und die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (RG 78, 67; Gruch 58, 1042). Dasselbe gilt, wenn der rechtliche Grund für die Grundschuldbestellung weggefallen ist, weil die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt war, erloschen ist (RG 91, 225). Das Recht des Eigentümers aus § 1169 richtet sich gemäß § 1157 auch gegen den dritten Erwerber der Grundschuld, wenn er beim Erwerb bösgläubig gewesen ist (§ 1157 A 2, 4; § 1191 A 1). Vgl. auch die ähnlichen Vorschriften der §§ 886, 1254 für die *Vormerkung* und das *Pfandrecht*.

2. Der Eigentümer kann mit der dinglichen Klage (§ 1004) auf Grund seines Eigentumsrechts den **Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek verlangen,** weil die Hypothek nur noch formalen Bestand hat. Gesamthandseigentümern steht der Anspruch auch dann gemeinschaftlich zu, wenn die Einredetatsachen nur in der Person eines einzelnen von ihnen entstanden sind (RG JW 1932, 588[6]). In dem in A 1 erwähnten Falle eines Minderungsanspruchs gegenüber einer Kaufpreisresthypothek ist die Klage auf Herabsetzung der Hypothekeintragung selbst dann gegeben, wenn der Anspruch selbst nach § 477 verjährt und nur noch die Einrede der Minderung durch Anzeige

des Mangels gemäß § 478 gewahrt ist. Denn § 1169 gewährt einen Anspruch und somit auch eine Klage auf Verzicht immer dann, wenn der Geltendmachung der Hypothek dauernd eine Einrede entgegengesetzt werden kann (RG 71, 14; 74, 294). Statt des Verzichts kann auch Löschungsbewilligung verlangt werden; der Hypothekengläubiger wird dadurch nicht beschwert (RG 86, 305; 91, 226; Gruch 60, 508; JW 1916, 908[7]). Das rechtskräftige Urteil ersetzt gemäß § 894 ZPO die Verzichtserklärung. Wird der Verzicht in das Grundbuch eingetragen, so erwirbt der Eigentümer gemäß § 1168 die Hypothek als Grundschuld. Gegenüber einem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek versagt aber die Einrede (§§ 892, 1138, 1156, 1157) und folglich auch die Klage auf Verzicht, es sei denn, daß der Eigentümer vor dem Erwerb einen Widerspruch (nicht Vormerkung: § 1157 A 3) wegen der Einrede hat eintragen lassen (vgl. hinsichtlich des Briefs bei der Briefhypothek § 42 Abs 1 GBO). Der Anspruch auf Verzicht als solcher ist nicht eintragungsfähig, weil er sich, wenn die Einrede besteht, aus dem Gesetz von selbst ergibt (KGJ 33 A 260). Doch kann er durch Vormerkung gesichert werden (KGJ 33 A 259). Ferner ist die den Anspruch begründende Einrede gegen die Hypothek eintragungsfähig (KGJ 33 A 261; § 1157 A 3).

§ 1170

Ist der Gläubiger unbekannt [1], so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens [2] mit seinem Rechte ausgeschlossen werden [3], wenn seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind [4] und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist [5]. Besteht für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit [6], so beginnt die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags [4].

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erwirbt der Eigentümer die Hypothek [7]. Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos [8].

E I 1103, 1124 II 1077; M 3 738ff., 763; P 3 617ff., 666; 6 257.

1. § 1170 bestimmt die Voraussetzungen für das Aufgebot einer angeblich erloschenen Hypothek, deren **Gläubiger unbekannt ist,** so daß die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen urkundlichen Erklärungen des Inhabers der Hypothek nicht beschafft werden können. Unbekannt ist der Gläubiger, wenn allgemeinhin (nicht nur dem Antragsteller, sondern z. B. auch bei Behörden, Berufsgenossen) unbekannt ist, welche Person letzter Gläubiger ist. Unbekanntheit des Aufenthaltsorts des seiner Person nach bekannten Gläubigers genügt nicht. In diesem Falle kann der Eigentümer gegen den Gläubiger gemäß § 894 auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs klagen und gemäß §§ 203ff. ZPO die öffentliche Zustellung der Klage erwirken. Fehlt dann im Falle einer Briefhypothek auch noch der Hypothekenbrief zur Berichtigung des Grundbuchs, so kann der Eigentümer gemäß § 1162 den Brief im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklären lassen. Dagegen steht der Unbekanntheit des Gläubigers der Fall gleich, daß der angebliche Gläubiger sein Recht nicht nachzuweisen vermag; denn mangels eines Nachweises ist die Gläubigerschaft eines solchen angeblichen Gläubigers unbekannt (RG 67, 99). — Die Vorschrift gilt für alle Hypothekenarten. Bei Buchhypotheken, einschließlich der Sicherungshypotheken (§ 1185 Abs 1), bei denen zum Erwerb die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch notwendig ist, wird aber die Unbekanntheit des Gläubigers hauptsächlich nur in den Fällen des Übergangs der Hypothek auf einen andern kraft Gesetzes in Frage kommen können. Bei der Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber gibt § 1188 Abs 2 eine Sondervorschrift. Nach §§ 887, 1104, 1112, 1269 findet § 1170 auch auf Vormerkungen, Vorkaufsrechte, Reallasten und Pfandrechte an einem eingetragenen Schiffe Anwendung (vgl. ferner §§ 138, 140 ZVG).

2. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt nach den §§ 946—959, 982—986 ZPO und den auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO (Veröffentlichung des Aufgebots, Aufgebotsfrist) erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften. Antragsberechtigt ist der Eigentümer (§ 984 Abs 1 ZPO); ferner auch ein im Range gleich- oder nachstehender Gläubiger, wenn für ihn eine Vormerkung nach § 1179 eingetragen ist (§ 984 Abs 2 ZPO). Wegen der Antragsberechtigung im Falle einer Gesamthypothek vgl. § 984 Abs 2 ZPO. Zuständig für das Aufgebotsverfahren ist das Amtsgericht des belegenen Grundstücks (§ 983 ZPO).

3. Der Gläubiger wird **mit seinem dinglichen Rechte ausgeschlossen,** nicht mit seiner persönlichen Forderung. Die Ausschließung richtet sich gegen jedermann, der Rechte an der Hypothek geltend machen könnte, mithin auch gegen Inhaber von Rechten, die, wie z. B. ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch, die Hypothek belasten. Denn solche Berechtigte sind, wenn auch in beschränktem Maße, „Gläubiger" der Hypothek (RJA 8, 233). Sie müssen daher auch dann, wenn das Aufgebot

zu Unrecht erlassen ist, ihre Rechte gemäß § 953 ZPO anmelden, damit sie ihnen im Ausschlußurteil vorbehalten werden.

4. Erste Voraussetzung ist, daß **seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung zehn Jahre verstrichen sind.** Unter „Eintragung" ist jede Einschreibung zu verstehen, wodurch die Hypothek für sich allein betroffen wird. Daß die Einschreibung eine Rechtsausübung des Gläubigers zum Gegenstand hat, ist nach dem allgemein gehaltenen Wortlaut des Gesetzes nicht zu erfordern. Daher ist z. B. auch im Falle einer bei der Hypothek von Amts wegen vorgenommenen Eintragung die zehnjährige Frist (§§ 187, 188) von dieser Eintragung ab zu rechnen (str.).

5. Zweite Voraussetzung ist, daß **das Recht des Gläubigers nicht** innerhalb der zehnjährigen Frist (A 4) **von dem Eigentümer nach § 208,** also durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise, **anerkannt ist.**

6. **Einer nach dem Kalender bestimmten Zahlungszeit** (d. h. Zeitpunkt der Fälligkeit: **RG** 101, 316) ist hier nicht, wie im § 284 Abs 2 beim Schuldnerverzug, eine erst nach Kündigung eintretende Fälligkeitszeit gleichgestellt. Daher beginnt bei den auf Kündigung gestellten Hypothekenforderungen die zehnjährige Frist (A 4) stets mit der letzten Eintragung.

7. **Mit der Erlassung des Ausschlußurteils,** gegen das ein Rechtsmittel nicht stattfindet und nur die Anfechtungsklage gemäß §§ 957, 958 ZPO zulässig ist, **erwirbt der Eigentümer die Hypothek** kraft Gesetzes, ohne daß es seiner Eintragung als Gläubiger bedarf. Erwerbender ist, wer zur Zeit der Verkündung des Urteils Eigentümer ist, auch wenn ein früherer Eigentümer den Aufgebotsantrag gestellt hat. Da die persönliche Forderung durch das Urteil nicht berührt wird, sondern für den Gläubiger bestehen bleibt, geht die Hypothek gemäß § 1177 Abs 1 als Grundschuld auf den Eigentümer über. Mithin tritt eine Trennung des dinglichen Rechts von der Forderung ein. Der Eigentümer kann die Grundschuld auf Grund des Urteils auf seinen Namen umschreiben lassen und dann (§ 1163 A 3) zur Löschung bringen oder sonst über sie verfügen. Das Urteil muß jedoch *ohne Vorbehalt* erlassen sein. Hat sich jemand als Gläubiger gemeldet und ist ihm gemäß § 953 ZPO das angemeldete Recht vorbehalten, so ist er noch nicht ausgeschlossen. Deshalb hat ein solches Urteil für sich allein die Wirkungen des Abs 2 nicht. Denn hier ist vorausgesetzt, daß alle, die als Gläubiger in Betracht kommen können, ausgeschlossen worden sind. Erst wenn der Vorbehalt vom Antragsteller rechtswirksam beseitigt ist (z. B. durch Verzicht des Anmeldenden oder durch seine rechtskräftige Verurteilung zur Verzichtserklärung), treten die Wirkungen des Abs 2 ein (str.; **RG** 67, 95; RJA 6, 145; KGJ 33 A 210). Wegen der Wirkung des Urteils auf eine *Gesamthypothek* vgl. § 1175. Das Ausschlußurteil erstreckt sich nicht auf eine Hypothek, die vor dem Erlaß des Aufgebots auf einen abgeschriebenen Grundstücksteil übertragen worden ist (§ 1175 A 4).

8. Bei der Briefhypothek wird **der Hypothekenbrief kraftlos,** ohne daß es seines besonderen Aufgebots nach § 1162 bedarf. Auch ein gutgläubiger Erwerber kann sich fortan für die Rechtswirksamkeit seines Erwerbs nicht auf den Besitz des Briefs berufen. Will der Eigentümer die Grundschuld (A 7) nicht löschen lassen, sondern anderweit (z. B. durch Abtretung, Verpfändung) über sie als Briefgrundschuld verfügen oder sie wieder in eine Briefhypothek für eine (neue) Forderung gemäß § 1198 umwandeln, so muß er die Erteilung eines neuen Briefs beim Grundbuchamt beantragen (§§ 42 Abs 2, 67, 68 GBO).

§ 1171

Der unbekannte Gläubiger [1]) kann im Wege des Aufgebotsverfahrens [2]) mit seinem Rechte auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt [3]) ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Die Hinterlegung von Zinsen ist nur erforderlich, wenn der Zinssatz im Grundbuch eingetragen ist; Zinsen für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurteils sind nicht zu hinterlegen [4]).

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils gilt der Gläubiger als befriedigt, sofern nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist [5]). Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos [6]).

Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurteils, wenn

nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Hinterleger ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat [5]).

E I 1104, 1124 II 1078; M 3 740, 763; P 3 617ff., 666.

1. § 1171 bestimmt die Voraussetzungen für das Aufgebot einer noch nicht getilgten Hypothek, deren **Gläubiger unbekannt ist.** Dieses Aufgebot soll dem Eigentümer die Möglichkeit geben, den Gläubiger zu befriedigen und die Verfügung über die Hypothek zu erlangen. Über Unbekanntheit des Gläubigers vgl. § 1170 A 1. Ist nur der Aufenthaltsort des Gläubigers unbekannt, so findet § 1171 keine Anwendung. Der Eigentümer muß in einem solchen Falle gemäß §§ 132 Abs 2 (Kündigung), 1142 Abs 2, 372ff. (als Befriedigung des Gläubigers wirkende Hinterlegung), 1163 Abs 1 Satz 2, 1143, 894ff., ZPO §§ 203ff. (Klage auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung hinsichtlich der durch die Befriedigung zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek unter Erwirkung der öffentlichen Zustellung) vorgehen. Die Vorschriften gelten für alle Hypothekenarten, auch bei Hypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 1188). Vgl. ferner § 1269 (unbekannte Schiffspfandgläubiger).

2. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt nach den §§ 946—959, 982—986 ZPO und den auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO (Veröffentlichung des Aufgebots, Aufgebotsfrist) erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften. Antragsberechtigt ist (anders als im Falle des § 1170; dort A 2) nur der Eigentümer (§ 984 Abs 1 ZPO), bei der Gesamthypothek jeder Eigentümer bezüglich seines Grundstücks (§ 1173). Zuständig für das Aufgebotsverfahren ist das Amtsgericht des belegenen Grundstücks (§ 983 ZPO).

3. Erste Voraussetzung ist die **Berechtigung des Eigentümers zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung.** Ob diese Berechtigung vorliegt, bestimmt sich nach dem die Zahlungsbedingungen betreffenden Grundbuchinhalt nebst der Eintragungsbewilligung. Die Berechtigung erfordert nach §§ 1141, 1142 Fälligkeit oder Kündbarkeit der Hypothekenforderung. Verbindung der Kündigung mit dem Aufgebot ist nicht notwendig. Vgl. aber § 987 Abs 3 ZPO (Verlängerung der Aufgebotsfrist um die Kündigungsfrist).

4. Zweite Voraussetzung ist die **Hinterlegung des Forderungsbetrags nebst** den nach dem Grundbuchinhalt (§ 1115) zu entrichtenden **Zinsen für nicht mehr als vier Kalenderjahre** (mit Rücksicht auf die Verjährung: §§ 197, 198) **unter Verzicht auf das Rücknahmerecht** (§§ 372ff., 376 Abs 2 Nr 1). Der Eigentümer braucht sich aber bei dem Antrag auf Aufgebot nur zur Hinterlegung zu erbieten (§ 987 Abs 1 ZPO). Damit ihm nicht Zinsen verloren gehen, genügt es, wenn er erst vor Erlaß des Ausschlußurteils hinterlegt.

5. **Mit** der als Befriedigung des Gläubigers geltenden **Erlassung des Ausschlußurteils** geht die Hypothek kraft Gesetzes auf denjenigen über, der zu dieser Zeit Eigentümer ist. Wenn der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, erwirbt er gemäß §§ 1143, 401, 412, 1153 die Hypothek als Hypothek mit der Forderung, andernfalls gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Grundschuld (§ 1170 A 7). Ist nach den Vorschriften über die Hinterlegung, was gemäß §§ 372, 376 Abs 2 Nr 1, 378 regelmäßig der Fall sein wird, die **Befriedigung schon vorher** (mit der Hinterlegung) **eingetreten,** so vollzieht sich auch der Übergang der Hypothek schon in diesem Zeitpunkt. Bei der Gesamthypothek kommen die Vorschriften der §§ 1172, 1173 zur Anwendung. — Der Gläubiger kann sich fortan nur an den hinterlegten Betrag halten. Wer als Gläubiger darauf Anspruch erhebt, muß sein Gläubigerrecht der Hinterlegungsstelle nachweisen. Auch ist sein Recht nach Maßgabe des Abs 3 zeitlich beschränkt. Vgl. Art 145 EG (Ausschluß des Rücknahmerechts des Eigentümers durch Landesgesetz).

6. Über die **Kraftlosigkeit des Hypothekenbriefs** im Falle der Briefhypothek vgl. § 1170 A 8.

§ 1172

Eine Gesamthypothek steht in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu [1]).

Jeder Eigentümer [2]) kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist [3]), verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag [2]), der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht [3]), nach § 1132 Abs 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird [2]). Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen [4]).

E II 1079; P 3 628f.

1. Gehören die mit einer **Gesamthypothek** (§ 1132) belasteten Grundstücke demselben Eigentümer, so steht **in den Fällen des § 1163** (Nichtentstehung, Erlöschen der Forderung; Nichtübergabe des Briefs an den Gläubiger) die Gesamthypothek dem Eigentümer gemäß § 1177 Abs 1

als Gesamtgrundschuld an sämtlichen Grundstücken zu. **Gehören die Grundstücke verschiedenen Eigentümern,** so **steht** diesen die Gesamthypothek als Gesamtgrundschuld **gemeinschaftlich zu.** Vollzieht sich der Übergang nur für einen Teil der Gesamthypothek (z. B. bei teilweisem Erlöschen der Forderung), so hat die Resthypothek den Vorrang vor dem Teil (§ 1176). Wenn ein Recht mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, finden nach § 741, sofern sich nicht aus dem Gesetz „ein anderes" ergibt, die Vorschriften der §§ 742—758 Anwendung. Ein anderes ergibt sich, wenigstens im allgemeinen, aus § 1172 nicht. Folglich sind auf diese Gemeinschaft jene Vorschriften anzuwenden (**RG** 60, 270). Die Grundsätze über die Gemeinschaften zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) müssen hier dagegen ausscheiden; das Gesetz bietet für ihre Heranziehung keinen Anhalt; insbesondere paßt die Begriffsbestimmung der Gesellschaft im § 705 (Gesellschaftsvertrag, Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, Beiträge) nicht auf die hier vorliegende Gemeinschaft der Grundstückseigentümer in Ansehung der auf sie übergegangenen Gesamthypothek (str.). Jedoch wird aus § 1172 Abs 2 zu entnehmen sein, daß für die Anteile der Teilhaber hier „ein anderes", als im § 742 für den Zweifelsfall bestimmt ist, zu gelten hat. Hier ist nämlich der Anteil eines jeden Teilhabers von vornherein gleich dem Teilbetrag der Hypothek, der dem Verhältnisse des Werts seines Grundstücks zur Zeit der Entstehung der Gesamtgrundschuld zu dem Wert der sämtlichen Grundstücke unter Abzug der vorgehenden Belastungen bei den Wertberechnungen entspricht, sofern nicht ein anderes vereinbart ist (Prot 3, 629). Nach § 747 könnte an sich jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen, während über die Gesamtgrundschuld im ganzen die Teilhaber nur gemeinschaftlich zu verfügen befugt sind (z. B. bei der Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung, Aufhebung, Umwandlung in eine Hypothek für eine neue Forderung gemäß § 1198, Umschreibung der Grundschuld auf die Namen der Eigentümer). Aber ohne eine vorherige Verteilung nach Maßgabe des Abs 2 wird die Verfügung über einen Anteil nicht durchführbar sein, da dieser nicht feststeht (str.). Der einzelne Teilhaber kann auch die Grundschuld nicht ohne Zustimmung der anderen Teilhaber auf seinem Grundstück löschen lassen, da hierin eine Verfügung über das Recht im ganzen, nämlich hinsichtlich des Gegenstandes der Haftung, enthalten ist (str.). Wird die Gesamtgrundschuld auf die Eigentümer umgeschrieben, so ist das nach § 1172 Abs 1 eingetretene Gemeinschaftsverhältnis zu vermerken (§ 48 GBO). Gleiches wie nach § 1172 gilt gemäß § 1175 Abs 1, 2 für die Fälle des Verzichts des Gläubigers auf die Gesamthypothek und der Ausschließung des unbekannten Gläubigers (§ 1170) hinsichtlich aller belasteten Grundstücke sowie für den Fall der als Befriedigung geltenden Ausschließung nach § 1171 (dort A 5). Abweichendes bestimmen die §§ 1173, 1174 für die dort behandelten Fälle der Befriedigung des Gläubigers.

2. **Jeder Eigentümer kann** für sich aus der Gemeinschaft ausscheiden und von den anderen Eigentümern **verlangen** (nötigenfalls mit Klage gegen sie: § 894 ZPO), daß sie in die **Beschränkung der Gesamtgrundschuld** (A 1) **an seinem Grundstück nach § 1132 Abs 2 auf den** aus Abs 2 sich ergebenden **Teilbetrag** willigen. Dieser Teilbetrag entspricht dem Anteil, den der Eigentümer von vornherein an der gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld hatte (A 1). Durch die **Zuteilung,** die im Wege dieser Einwilligung erfolgt (§§ 1132 Abs 2 Satz 2, 875), wird sein Teil ausgesondert. Die Gesamtgrundschuld wird hinsichtlich seines Grundstücks zur Einzelgrundschuld in Höhe des Teilbetrags. Diese ist auf seinen Namen im Grundbuch umzuschreiben. Verlangen die übrigen Eigentümer (falls noch mehrere Grundstücke belastet sind) für sich keine Verteilung auf ihre Grundstücke, so bleiben sie in Höhe des Restbetrags gemeinschaftliche Berechtigte der Gesamtgrundschuld an ihren Grundstücken. Der abgetrennte Teil wird unter Vermerk des Ausscheidens des Ausgesonderten gelöscht (§§ 1132 Abs 2 Satz 2, 875). Ferner sind die gegenseitigen Mithaftvermerke zu löschen (§ 49 Abs 2 GBO). Ist die Gesamtgrundschuld verbrieft, so ist für den Ausgesonderten ein neuer Brief unter entsprechendem Vermerk auf dem bisherigen herzustellen (§ 64 GBO). Nach § 1132 Abs 2 Satz 2 finden auf die Zuteilung auch die §§ 876 (Zustimmung eines an der Hypothek berechtigten Dritten), 878 (Eintritt einer Verfügungsbeschränkung) Anwendung. Wird die Gesamtgrundschuld auf alle Grundstücke verteilt, so entstehen überall Einzelgrundschulden für die Eigentümer. Bei verbriefter Gesamtgrundschuld ist jedem Eigentümer ein neuer Brief unter Vernichtung des bisherigen zu erteilen (§§ 59, 64, 69 GBO).

3. Wie gemäß § 1132 Abs 2 der Gläubiger die Gesamthypothek in beliebigen Beträgen auf die einzelnen Grundstücke verteilen kann, ohne daß die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich ist, so können auch die Eigentümer als gemeinschaftliche Gläubiger durch Zusammenwirken die Verteilung der Gesamtgrundschuld (A 1) beliebig bestimmen. Sie können also auch hinsichtlich des Anspruchs auf Zuteilung (A 2) unbeschränkt durch andere Rechte an den belasteten Grundstücken etwas **anderes vereinbaren,** als im Abs 2 vorgeschrieben ist. Aus einer solchen Vereinbarung steht jedem Eigentümer gegen die anderen ein Anspruch auf Zuteilung (A 2) gemäß der Vereinbarung zu. Zur dinglichen Wirksamkeit bedarf die Vereinbarung der Eintragung gemäß §§ 877, 873, da sie den Bestand der Anteilsrechte der Grundschuldinhaber (A 1) betrifft (str.). Eine vor Entstehung der (Eigentümer-) Gesamtgrundschuld getroffene Vereinbarung wirkt nur unter den Beteiligten, nicht auch gegenüber Sondernachfolgern im Eigentum.

Eine Eintragung der Vereinbarung bei der Hypothek, an der den Eigentümern zu dieser Zeit noch kein Recht zusteht, ist unzulässig. Der Anspruch der einzelnen Eigentümer aus der Vereinbarung kann auch nicht durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden, da er nicht unter § 883 fällt. Insbesondere ist er, was allein in Frage kommen könnte, nicht als ein bedingter Anspruch auf teilweise Aufhebung eines Rechts am Grundstück anzusehen (str.; vgl. § 1163 A 3 „künftige Eigentümergrundschuld").

4. Maßgebend für die Feststellung des **Wertes** der Grundstücke und des Umfangs der **abzuziehenden Belastungen** ist die Zeit der Entstehung der Gesamtgrundschuld. Denn schon in diesem Zeitpunkt hatte jeder Eigentümer einen Anspruch auf Zuteilung des Teilbetrags, der sich aus dem Verhältnis der Grundstückswerte unter Abzug der der Gesamtgrundschuld im Range vorgehenden Belastungen ergibt (A 1). Dieser Anspruch kann ihm durch einseitige Maßnahmen der anderen Eigentümer (z. B. Löschungen vorgehender Belastungen auf ihren Grundstücken) oder durch Veränderungen des Wertes nicht mehr verkümmert werden (str.). Abzuziehen sind nicht nur hypothekarische Rechte einschließlich von Eigentümergrundschulden, und zwar Gesamthypotheken zum vollen Betrage, sondern auch andere im Range vorgehende dingliche Rechte, soweit hierdurch der Belastungswert des Grundstücks vermindert wird. Vormerkungen auf Einräumung solcher Rechte werden als bedingte Belastungen zu berücksichtigen sein unter Vorbehalt anderweiter Berechnung des Teilbetrags für den Fall, daß der gesicherte Anspruch sich als unbegründet erweist (str.). Rangvorbehalte (§ 881) sind keine Belastungen.

§ 1173

Befriedigt [1]) der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke [2]) den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt [3]). Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird [4]) oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen [5]).

Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen [6]), so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek [7]).

E I 1094 II 1080; M 3 730; P 3 632ff.

1. Unter **Befriedigung** sind alle Arten freiwilliger Tilgung zu verstehen: Zahlung (§ 362), Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364), Hinterlegung (§ 378), Aufrechnung (§ 389). Vgl. auch § 1171 A 4, 5. Anderes bestimmen die §§ 1181 Abs 2, 3, 1182 für den Fall der Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung. Eine Befriedigung des Gläubigers im Sinne des § 1173 und des § 1181 (dort A 1 Abs 2) liegt nicht vor, wenn der Hypothekengläubiger das eine Grundstück in der Zwangsversteigerung erwirbt und die Hypothek als ein Teil des geringsten Gebots (§ 44 ZVG) bestehenbleibt (KGJ 51, 301; s. aber A 5 a. E.).

2. Ob der den Gläubiger befriedigende **Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke** zugleich persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist oder nicht, ist für die im § 1173 bestimmten Wirkungen der Befriedigung gleichgültig (§ 1143 Abs 2; vgl. jedoch A 3). Ist der Befriedigende der Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke, so findet § 1173 keine Anwendung. Wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, erlischt in diesem Falle die Forderung; er erwirbt die Gesamthypothek gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Gesamtgrundschuld an allen Grundstücken. Ist er nicht persönlicher Schuldner, so geht gemäß §§ 1143, 401, 412, 1153, 1177 Abs 2 die Forderung mit der Hypothek auf ihn über, so daß er eine wirkliche Gesamthypothek an allen Grundstücken erlangt (RJA 11, 247; JFG 1, 497). Der Eigentümer kann in beiden Fällen die Grundschuld oder Hypothek an dem einen Grundstück löschen, an dem andern bestehen lassen. Der Einheitlichkeit der Hypothek widerspricht dies nicht (a. M. RJA 11, 246). Auch sonst kann ein Gesamthypothekar nach § 1175 auf die Hypothek an nur einem Grundstück verzichten (§ 1175 A 3). Befriedigen alle (voneinander verschiedenen) Eigentümer der belasteten Grundstücke den Gläubiger gemeinsam, so kommt § 1173 ebenfalls nicht zur Anwendung. Vielmehr gilt dann § 1172 Abs 1 (dort A 1), es sei denn, daß jeder Eigentümer einen besonderen Teilbetrag für sich allein zahlt. Im letzteren Falle erwirbt nach § 1173 jeder Eigentümer ebenso, wie wenn der Eigentümer eines der Grundstücke den Gläubiger zum Teil befriedigt, die Hypothek in Höhe des gezahlten Teiles an seinem Grundstück; die Hypothek erlischt in Höhe dieses Teils an den anderen Grundstücken, soweit nicht ein Ersatzanspruch gegen die anderen Eigentümer besteht (Abs 2). — Haben mehrere Miteigentümer eines Grund-

stücks je für sich an ihren Anteilen für dieselbe Forderung Hypothek bestellt (§ 1114) oder ist ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück von dem bisherigen Alleineigentümer auf mehrere Miteigentümer übergegangen, so ist eine Gesamthypothek entstanden (§ 1132 A 1), für die bei der Anwendung des § 1173 nichts Besonderes gilt. Befriedigt also ein Miteigentümer für sich allein aus eigenen Mitteln in eigenem Namen den Gläubiger, so findet je nach seinen Rechtsbeziehungen zu dem andern Miteigentümer das in A 3 oder das in A 6, 7 Bemerkte Anwendung mit der Maßgabe, daß an die Stelle des befriedigenden Eigentümers des einen Grundstücks der befriedigende Miteigentümer mit seinem Miteigentumsanteil und an Stelle des andern Grundstücks der Miteigentumsanteil des andern Miteigentümers zu setzen ist (JFG 1, 482: zwei Personen hatten ein Grundstück je zur Hälfte käuflich erworben und dabei eine auf dem Grundstück lastende Hypothek als Gesamtschuldner übernommen; dann war die Hypothek von dem einen Erwerber allein in eigenem Namen getilgt worden; § 1173 ist hier als mindestens sinngemäß anwendbar erklärt worden mit der Rechtsfolge, daß der zahlende Miteigentümer die Hypothek auf seinem Miteigentumsanteil als Eigentümergrundschuld und zugleich wegen seines Ausgleichsanspruchs gegen den andern Miteigentümer nach § 426 in Höhe dieses Anspruchs die Hypothek als solche auf dem andern Miteigentumsanteil erwerbe). Haben aber die Miteigentümer eine Hypothek einheitlich an dem ganzen Grundstück bestellt, so ist nur eine Einzelhypothek entstanden; die Miteigentümer gelten dann bei der Befriedigung des Hypothekengläubigers als ein einziger Eigentümer (§ 1132 A 4; § 1163 A 6). Doch soll nach **RG** HRR 1931 Nr 1134 auch in diesem Falle sowohl Abs 1 als auch Abs 2 des § 1173 mindestens entsprechend anwendbar sein.

3. Der befriedigende **Eigentümer erwirbt die Hypothek an seinem Grundstück** kraft Gesetzes, ohne daß es einer Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen bedarf. Zugleich **erlischt die Hypothek an den übrigen Grundstücken** kraft Gesetzes, ohne daß (wie im Falle der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek nach §§ 875, 1183) die Zustimmung der anderen Eigentümer oder die Löschung erforderlich ist. Dies gilt auch dann, wenn der Befriedigende den anderen Eigentümern gegenüber zur Bewirkung der Befriedigung verpflichtet war. Die Hypothek wird also zur Einzelhypothek an dem Grundstück des Befriedigenden für diesen. An den übrigen Grundstücken entsteht keine Eigentümerhypothek; vielmehr rücken die nachstehenden Berechtigten vor. Diese Berechtigten und die übrigen Eigentümer können von dem Gläubiger gemäß §§ 894ff. Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung verlangen. Formellrechtlich ist aber zur Begründung des Antrags auf Löschung (§ 13 GBO), obwohl die Hypothek bereits erloschen ist und eine Eigentümerhypothek nicht entsteht, nach der Ordnungsvorschrift des § 27 GBO, die unterschiedslos zu jeder Hypotheklöschung die Zustimmung des Eigentümers erfordert, die Zustimmungserklärung des betreffenden Eigentümers in der Form des § 29 GBO dem Grundbuchamt vorzulegen (KGJ 24 A 135; 25 A 318; RJA 11, 155; auch **RG** 72, 367). — Der Befriedigende erwirbt die Hypothek, und zwar im vollen Betrage, gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Grundschuld, wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist (A 2); andernfalls geht nach § 1143 Abs 1 auch die Forderung auf ihn über, und er erlangt damit (§§ 1153, 1177 Abs 2) die Hypothek als wirkliche Hypothek (KGJ 51, 287). Läßt der Eigentümer die Hypothek auf seinen Namen umschreiben, so ist zugleich der Vermerk über die Mitbelastung der übrigen Grundstücke von Amts wegen zu löschen (§ 49 Abs 2 GBO). Zur Umschreibung genügt die formgerechte (§ 29 GBO) Quittung des Gläubigers über den Empfang der Zahlung durch den Eigentümer. Über den Fall nur teilweiser Befriedigung des Gläubigers s. A 2. Die Resthypothek des Gläubigers hat in diesem Falle gemäß § 1176 den Vorrang vor der auf den Eigentümer übergehenden Teilhypothek. — Der Regelsatz, daß die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt, gilt nach § 1173 Abs 2 nicht, wenn und soweit dem Befriedigenden ein Ersatzanspruch gegen die übrigen Eigentümer zusteht (A 7). Mit Rücksicht hierauf genügt die löschungsfähige Quittung des Gläubigers allein zur Löschung der Hypothek auf den übrigen Grundstücken nicht (RJA 3, 96; OLG 12, 259; 18, 178; KGJ 28 A 138; a. M. RJA 4, 267). Vielmehr ist zur Rechtfertigung des Löschungsantrags ein Anerkenntnis des befriedigenden Eigentümers, daß ihm ein Ersatzanspruch nicht zustehe, beizubringen oder sonst dem Grundbuchamt nachzuweisen, daß der Befriedigende nicht Ersatz verlangen kann.

4. Der gesetzgeberische Grund, weshalb die **Übertragung des Gläubigerrechts auf einen der Eigentümer der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer gleichgestellt** worden ist, liegt darin, daß eine solche Befriedigung sich gewöhnlich in den Formen der Abtretung vollzieht (Prot 3, 634; OLG 9, 317; 26, 192). Ob aber im Einzelfalle die Übertragung durch Rechtsgeschäft (z. B. Abtretung gemäß § 1154) erfolgt oder kraft Gesetzes (z. B. Beerbung des Gläubigers durch einen der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist), macht für die Anwendbarkeit des § 1173 Abs 1 Satz 2 keinen Unterschied. Auch in den Fällen des gesetzlichen Übergangs erlangt der Gläubiger eine Einzelhypothek an seinem Grundstück, während die Hypothek an den anderen Grundstücken erlischt, sofern nicht Abs 2 Platz greift (A 3). Dagegen liegt ein Fall des Abs 1 Satz 2 nicht vor, wenn ein Eigentümer, nachdem sein Grundstück aus der Pfandhaft für die Gesamthypothek entlassen und diese auf seinem Grundstück gelöscht ist, die Hypothek gegen Befriedigung des Gläubigers übertragen erhält. Denn nach der

Enthaftung bestand die Gesamthypothek an seinem Grundstück nicht mehr. Hier erlischt daher die Hypothek an dem andern (mithaftenden) Grundstück nicht (RG 81, 85). War der Zahlende gegenüber dem andern Eigentümer, der persönlicher Schuldner war, zur Zahlung verpflichtet (z. B. nach § 415 Abs 3, weil er das früher ebenfalls dem andern gehörige Grundstück unter Schuldübernahme erworben hatte), so ist in der Regel anzunehmen, daß er für den andern zahlt; die Hypothek wird dann unter Erlöschen der Forderung zur Eigentümergrundschuld (RG 81, 85). Lag dem Zahlenden eine solche Verpflichtung nicht ob, so erwirbt er die Hypothek an dem andern Grundstück als Hypothek für die bestehenbleibende Forderung. War er selbst der persönliche Schuldner, so wird die Hypothek am andern Grundstück zur Eigentümergrundschuld, sofern nicht § 1164 Anwendung findet. Die Rechtsfolgen des § 1173 treten nicht ein, wenn der Gläubiger die Gesamthypothek einem der belasteten Eigentümer (Miteigentümer) auf Verlangen aller, die das Entgelt gemeinschaftlich zahlen, überträgt und die persönliche Forderung infolge des gleichzeitigen Eintritts eines neuen Schuldners an Stelle der Eigentümer erhalten bleibt (RG 8. 10. 1932 V 115 und 121/32). Ferner liegt ein Fall der Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer nicht vor, wenn der Gläubiger das Eigentum an einem der Grundstücke erwirbt (RG 77, 149; KGJ 51, 301; s. aber A 5, insbesondere für den Fall des Zuschlags im Zwangsversteigerungsverfahren).

5. Gleiches wie in A 4 gilt im Falle der **Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines der Eigentümer,** der zugleich persönlicher Schuldner ist (SeuffA 66, 272), z. B. wenn der Eigentümer (Schuldner) den Gläubiger oder dieser jenen beerbt. Wird dagegen einer der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, vom Gläubiger beerbt (wegen des umgekehrten Falles A 4) oder erwirbt der Gläubiger sonst (z. B. durch Auflassung) nachträglich das Eigentum eines der Grundstücke, ohne in die persönliche Schuld einzutreten, so findet § 1173 keine Anwendung (RG 77, 149). Der Gläubiger behält vielmehr sowohl seine Forderung (gegen den persönlichen Schuldner) als auch die Gesamthypothek; nur ist für seine Hypothek an dem erworbenen Grundstück § 1177 Abs 2 maßgebend. Auch dann ist § 1173 Abs 1 unanwendbar, wenn der Gläubiger, um die Anwendung dieser Vorschrift zu vermeiden, zunächst die Hypothek durch Abtretung von dem bisherigen Gläubiger erwirbt und sich dann die Auflassung eines der belasteten Grundstücke, das er bereits vor der Abtretung gekauft hatte, erteilen läßt. Denn auch hier liegt keiner der beiden Fälle vor, die allein der Befriedigung durch den Eigentümer gleichgestellt sind. In den Maßnahmen, zu denen der Gläubiger berechtigt war, ist auch nicht etwa eine Gesetzesumgehung zu finden (RG 77, 152). Wenn aber der Hypothekengläubiger eines der Grundstücke durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erwirbt, die Hypothek als ein Teil des geringsten Gebots (§ 44 ZVG) bestehenbleibt und der Vollstreckungsschuldner (bisherige Eigentümer) persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, so tritt Vereinigung der Forderung und Schuld im Sinne des § 1173 Abs 1 Satz 2 ein. Denn nach § 53 Abs 1 ZVG übernimmt der Hypothekengläubiger als Ersteher die Schuld; da er zugleich der Gläubiger ist, hat er auch ohne weiteres als die Schuldübernahme im Sinne des § 416 BGB genehmigend zu gelten. Die Hypothek an dem erworbenen Grundstück wird daher zur Eigentümergrundschuld, während sie an den übrigen mithaftenden Grundstücken erlischt (A 3). Ist dagegen nicht der Vollstreckungsschuldner, sondern ein anderer der persönliche Schuldner, so tritt die Vereinigung von Forderung und Schuld nicht ein, da § 53 auf diesen Fall keine Anwendung findet; der Gläubiger behält also sowohl seine Forderung als auch seine Gesamthypothek. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Vollstreckungsschuldner dem persönlichen Schuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, wenn er z. B. beim Erwerb des Grundstücks die Hypothek gegenüber seinem Besitzvorgänger, welcher der persönliche Schuldner ist, übernommen, der Gläubiger aber die Schuldübernahme nicht genehmigt hatte (§ 415 Abs 3). Denn auf diesen Fall findet § 53 ZVG, der sich nur über die Hypothekenschuld des Vollstreckungsschuldners verhält, keine Anwendung (str.). Wollte man aber unter entsprechender Anwendung dieser Vorschrift annehmen, daß der Hypothekengläubiger (Ersteher) als in die Verbindlichkeit des Vollstreckungsschuldners eingetreten zu gelten hätte, so würden doch die Hypothekenforderung und diese Verbindlichkeit sich nicht decken (KGJ 51, 302; vgl. auch RG 89, 77).

6. Fälle, in denen **der befriedigende Eigentümer von einem der anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann,** sind erörtert in § 1164 A 2, 3. Auszuscheiden sind auch hier die Fälle, in denen der befriedigende Eigentümer und der oder die anderen Eigentümer zugleich persönliche Gesamtschuldner sind oder der erstere der Bürge, der oder die anderen die Mitbürgen oder die Hauptschuldner sind (str.; a. M. OLG 9, 317). Befriedigt der Bürge-Eigentümer den Gläubiger, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner-Eigentümer gemäß § 774 auf ihn über und damit nach §§ 401, 412, 1153 auch die Hypothek, so daß er nunmehr Gläubiger der für die ursprüngliche Forderung bestehenden Gesamthypothek ist mit der Maßgabe, daß auf die Hypothek an seinem Grundstück § 1177 Abs 2 Anwendung findet. Sind die mehreren Eigentümer zugleich persönliche Gesamtschuldner und steht dem befriedigenden Eigentümer ein Ausgleichungsanspruch gegen die anderen Eigentümer zu, so geht gemäß §§ 426 Abs 2, 401, 412, 1153 in Höhe des Ausgleichungsanspruchs die Hypothek als Teil-Gesamthypothek für den betreffenden Teil der ursprünglichen Forderung auf ihn über, während im übrigen die Forderung erlischt und gemäß §§ 1173 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 die Hypothek von

ihm als Teil-Einzelgrundschuld an seinem Grundstück erworben wird, an den anderen Grundstücken erlischt. Die Teil-Gesamthypothek, deren Gläubiger nunmehr der Befriedigende ist, hat an seinem Grundstück gemäß § 1176 den Vorrang vor der Teil-Einzelgrundschuld. Sind die mehreren Eigentümer Mitbürgen, so erwirbt der befriedigende Mitbürge-Eigentümer gemäß §§ 774 Abs 1, 401, 412, 1153 die Forderung mit der Hypothek; die Hypothek bleibt unverändert Gesamthypothek für die ursprüngliche Forderung mit der Maßgabe, daß auf die Hypothek an seinem Grundstück § 1177 Abs 2 Anwendung findet; in schuldrechtlicher Hinsicht können ihm die Mitbürgen gemäß §§ 774 Abs 2, 426 haften. Danach bleiben tatsächlich nur wenige Fälle übrig, in denen ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1173 Abs 2 gegeben sein kann. Ein Hauptfall (RG 81, 71; RJA 3, 96; 4, 267; OLG 12, 259; KGJ 47, 215) wird folgender sein: Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, veräußert eine Parzelle seines Grundstücks. Der Erwerber übernimmt die Hypothek „in Anrechnung auf den Kaufpreis" (auch jetzt noch übliche Ausdrucksweise, die eigentlich für das BGB nach § 416 nicht mehr paßt). Die Hypothek wird auf die abgeschriebene Parzelle übertragen und damit zur Gesamthypothek. Der Gläubiger genehmigt die Schuldübernahme nicht, so daß der Veräußerer Schuldner bleibt (§§ 415, 416). Dieser befriedigt demnächst den Gläubiger. Ihm steht dann ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1173 Abs 2 gegen den Erwerber der Parzelle zu. Ein Ersatzanspruch kann aber auch erst nach der Entstehung der Gesamthaft der Grundstücke und ohne erkennbare Beziehung zu dem Eigentum an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen begründet worden sein. So liegt die Sache z. B., wenn dem den Gläubiger wegen Hypothekenzinsen befriedigenden Eigentümer ein Ersatzanspruch wegen dieser Zinsen gegen den Eigentümer des andern Grundstücks deswegen zusteht, weil dieser in einem Pachtvertrage über das Grundstück jenes Eigentümers sich zur Zahlung der Hypothekenzinsen verpflichtet hat (KGJ 47, 216). Ferner ist ein Ersatzanspruch gegeben, wenn der Eigentümer des anderen Grundstücks, der früher beide Grundstücke besessen hatte, dem befriedigenden Eigentümer gegenüber, der sein Grundstück von ihm erworben hatte, zur Löschung der Hypothek auf dessen Grundstück vertraglich verpflichtet war (OLG 26, 192).

7. Die Bestimmung, daß **in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück des andern Eigentümers auf den befriedigenden Eigentümer übergeht und mit der Hypothek an dem Grundstück des befriedigenden Eigentümers Gesamthypothek bleibt,** hat folgende Bedeutung: Soweit dem befriedigenden Eigentümer ein Ersatzanspruch im Sinne des Abs 2 (A 6) gegen den (oder die) anderen Eigentümer zusteht, tritt kraft Gesetzes an die Stelle der durch die Gesamthypothek ursprünglich gesicherten Forderung der Ersatzanspruch in die hypothekarische Sicherung ein. Der befriedigende Eigentümer erwirbt die Hypothek als Gesamthypothek für den Ersatzanspruch (RG 81, 71), und zwar auch an seinem eigenen Grundstück, hier jedoch mit der Maßgabe, daß § 1177 Abs 2 Anwendung findet. Alle anderen Meinungen (vgl. § 1182 A 3) über die Bedeutung des Abs 2, zum Teil auf unrichtiger Auffassung des im Abs 2 gemeinten Ersatzanspruchs beruhend, sind abzulehnen. Unzutreffend ist insbesondere die Ansicht, die Hypothek werde an dem Grundstück des befriedigenden Eigentümers, wenn dieser zugleich persönlicher Schuldner sei, gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 zur Grundschuld, andernfalls bestehe sie fort als Hypothek für die gemäß § 1143 Abs 1 durch Befriedigung des Gläubigers auf den Eigentümer übergehende ursprüngliche Hypothekenforderung. Nach dem Wortlaut des Gesetzes bleibt die Hypothek mit der Hypothek an dem eigenen Grundstück des Befriedigenden Gesamthypothek. Diese Bestimmung enthält nur eine aus dem Wesen einer Gesamthypothek sich ergebende Beschränkung des auf den Ersatzberechtigten übergehenden hypothekarischen Rechts zum Schutze gleich- oder nachstehender Rechte (Denkschrift zu § 1156 der Reichstagsvorlage). Eine Gesamthypothek kann aber nicht teils Hypothek für eine Forderung, teils Grundschuld sein; sie kann auch nicht für eine Forderung an dem einen Grundstück und für eine andere Forderung an dem andern Grundstück bestehen (§ 1132 A 2, 3). Vielmehr muß ihr einheitlich eine und dieselbe Forderung zugrunde liegen. Diese Forderung kann nur die Ersatzforderung sein. Denn die ursprüngliche Forderung ist, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, durch die Befriedigung des Gläubigers erloschen (nämlich in den Fällen, in denen wirklich ein Ersatzanspruch im Sinne des Abs 2 besteht: A 6; § 1164 A 1, 2). Das Gesetz macht auch für den Übergang der Hypothek als Gesamthypothek an beiden Grundstücken keinen Unterschied, ob der Ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner ist oder nur dinglich haftet (Prot 3, 624 ff.). Persönlicher Schuldner der Ersatz-Hypothekenforderung, auch bezüglich der Hypothek an dem Grundstück des Befriedigenden, ist der andere Eigentümer (RG 81, 71). — Erreicht der Ersatzanspruch nicht den ganzen Betrag der ursprünglichen Forderung, so geht nach §§ 1173 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 der überschießende Teil der Hypothek, unter Erlöschen an den übrigen Grundstücken, als Teil-Einzelgrundschuld auf den Befriedigenden über. Diese Teil-Einzelgrundschuld steht am Grundstück des Befriedigenden der Teil-Gesamthypothek gemäß § 1176 im Range nach, da der Befriedigende als der jetzige Gläubiger der (nur mit anderer Forderung versehenen) Gesamthypothek bezüglich des Restteils anzusehen ist. Erstreckt sich die dem Ersatzanspruch zugrunde liegende Verpflichtung nur auf die Zahlung von Hypothekenzinsen (A 6 a. E.), so geht, wenn der Ersatzanspruch wegen Befriedigung des Gläubigers hinsichtlich der Zinsen besteht, ebenfalls die Hypothek an dem anderen Grundstück als

Hypothek für die Ersatzforderung auf den ersatzberechtigten Eigentümer über. Diese Hypothek stellt sich als Hypothek für eine Hauptschuld, nicht als Hypothek für Zinsen dar, da die Ersatzforderung auch hier an die Stelle der Zinsforderung tritt (KGJ 47, 216). — Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist und dem im Falle der Befriedigung des Gläubigers ein Ersatzanspruch im Sinne des Abs 2 gegen den (oder die) anderen Eigentümer zustehen würde, wird nach Maßgabe des § 1165 von seiner persönlichen Schuld frei, wenn von dem Gesamthypothekengläubiger über die Hypothek an dem (oder an einem) andern Grundstück ihm (hinsichtlich des Ersatzanspruchs) nachteilige Verfügungen der im § 1165 bezeichneten Art (z. B. Verzicht auf die Hypothek an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers oder Einräumung des Vorrangs für nachstehende Hypotheken) getroffen werden (Prot 3, 636; RG 89, 79). Ist dagegen der im Falle der Befriedigung des Gläubigers ersatzberechtigte Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner, so kann § 1165 keine Anwendung finden. Denn diese Vorschrift ist, ähnlich wie § 776 zum Schutze des Bürgen dient, zum Schutze des dem Hypothekengläubiger persönlich mithaftenden Schuldners gegeben und daher unanwendbar, wenn zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Hypothekengläubiger kein persönliches Schuldverhältnis besteht. Der Gesamthypothekengläubiger kann in dem ihm nach § 1132 zustehenden Recht, nach seinem Belieben sich an eines der ihm haftenden Grundstücke zu halten und das andere ganz oder zum Teil freizugeben, nicht dadurch beschränkt sein, daß im Falle seiner Befriedigung durch einen der Eigentümer diesem ein Ersatzanspruch gegen den andern Eigentümer zustehen würde. Er verliert daher durch eine solche Verfügung über die Hypothek an dem einen Grundstück (z. B. Verzicht auf die Hypothek) nicht sein dingliches Recht an dem einem etwa ersatzberechtigten Eigentümer gehörigen andern Grundstück (RG JW 1913, 1149[6]). Mithin wird auch dann, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, der Umfang der dinglichen Haftung dieses Eigentümers nicht durch nachteilige Verfügungen über die Hypothek an dem andern Grundstück vermindert: der Eigentümer kann also auch nicht auf Grund solcher Verfügungen ganz oder teilweise Löschung der Hypothek oder nach § 1169 Verzicht auf die Hypothek an seinem Grundstück verlangen. Auch ein Schadensersatzanspruch, der zur Aufrechnung gestellt werden könnte, ist mit Rücksicht auf die dem Gesamthypothekengläubiger nach § 1132 zustehenden Rechte zu verneinen (str.; a. M. anscheinend RG 74, 213). — Ist der Ersatzpflichtige nicht Alleineigentümer, sondern nur Miteigentümer des andern Grundstücks, so geht die Hypothek nur an seinem Anteil über (KGJ 47, 216).

§ 1174

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, dem eine Gesamthypothek zusteht [1]), oder vereinigen sich bei einer Gesamthypothek Forderung und Schuld in einer Person, so geht, wenn der Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann [1]), die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt [2]).

Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten und geht deshalb die Hypothek nur zu einem Teilbetrag auf ihn über, so hat sich der Eigentümer diesen Betrag auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teil des übrigbleibenden Betrags der Gesamthypothek anrechnen zu lassen [3]).

E II 1081; P 3 631, 636ff.

1. § 1174 regelt in Ergänzung des § 1164 die Wirkungen einerseits **der Befriedigung eines Gesamthypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner**, der nicht zugleich Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke ist, anderseits der **Vereinigung der Forderung und Schuld in einer Person bei einer Gesamthypothek**, die auch hier (vgl. § 1164 Abs 2) der Befriedigung gleichgestellt ist. Diese ergänzende Regelung bezieht sich auf den Fall, daß der **Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann.** Über Befriedigung, Ersatzanspruch, Vereinigung von Forderung und Schuld vgl. § 1164 A 1—4. Ist der persönliche Schuldner zugleich Eigentümer eines der belasteten Grundstücke, so findet nicht § 1174, sondern § 1173 Anwendung (§ 1173 A 2, 3). Hat der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, überhaupt keinen Ersatzanspruch, so liegt ebenfalls kein Fall des § 1174 vor; vielmehr steht die Gesamthypothek, da die Forderung nach § 1163 Abs 1 Satz 2 durch die Befriedigung des Gläubigers erlischt, gemäß § 1172 Abs 1 den Eigentümern der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu, und zwar als Gesamtgrundschuld (§ 1172 A 1). Kann der befriedigende persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, von allen Eigentümern Ersatz verlangen, so trifft nicht § 1174 zu, sondern § 1164, der insoweit auch für die Gesamthypothek gilt, in Verbindung mit § 1172 Abs 1: In Höhe des Ersatzanspruchs wird die ursprünglich für die befriedigte Forderung haftende Ge-

samthypothek zur Gesamthypothek (§ 1132) für die Ersatzforderung gegen die ersatzpflichtigen Eigentümer als die Schuldner der Ersatz-Hypothekenforderung und geht so auf den bisherigen Schuldner über (§ 1164 A 2); in Höhe des überschießenden Betrags wird die Hypothek gemeinschaftliche Teil-Gesamtgrundschuld der Eigentümer (§ 1172 A 1).

2. In dem sonach von § 1174 allein betroffenen Falle, daß durch Befriedigung seitens des (lediglich) persönlichen Schuldners oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld ein Ersatzanspruch nur gegen einen (oder einige) der Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger ausgelöst wird, **geht die Hypothek an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers** als Einzelhypothek (wenn mehrere Eigentümer, jedoch nicht alle, ersatzpflichtig sind, als Gesamthypothek) für die an die Stelle der ursprünglichen Forderung tretende Ersatzforderung (§ 1164 A 2; § 1173 A 7) kraft Gesetzes **auf den bisherigen Schuldner über,** während sie **an den übrigen Grundstücken** kraft Gesetzes, ohne daß es einer Löschung bedarf (§ 1173 A 3), **erlischt.** Befriedigt der persönliche Schuldner den Gesamthypothekengläubiger nur zum Teil, so gilt für diesen Teil hinsichtlich des Übergangs am Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers und hinsichtlich des Erlöschens an den übrigen Grundstücken dasselbe. Die Resthypothek des Gläubigers an dem ersteren Grundstück geht nach § 1176 der Teilhypothek des Schuldners im Range vor. Dabei ist für beide Fälle (volle oder teilweise Befriedigung) vorausgesetzt, daß der Schuldner in ganzer Höhe des gezahlten (oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld erloschenen) Betrags Ersatz verlangen kann. Beschränkt sich sein Ersatzanspurch auf einen Teilbetrag, so wird in Höhe des überschießenden Betrags die Hypothek gemäß § 1172 Abs 1 zur gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld der Eigentümer. Ferner findet auf diesen Fall Abs 2 Anwendung. — Dem befriedigenden Schuldner stehen nach dem auch hier anzuwendenden § 1167 die Rechte aus §§ 1144, 1145 (zwecks Grundbuchberichtigung) zu. Ferner sind die bei der Einzelhypothek zum Schutz des persönlichen Schuldners in §§ 1165, 1166 gegebenen Vorschriften hier ebenfalls entsprechend anzuwenden (RG 89, 79; § 1173 A 7).

3. Abs 2 bedeutet: **Hat der Schulder nur wegen eines Teiles** des Betrags (sei es des vollen Hypothekenbetrags oder eines Teiles davon), zu welchem er den Gesamthypothekengläubiger befriedigt hat (oder eine Vereinigung von Forderung und Schuld eingetreten ist), **einen Ersatzanspruch** lediglich gegen einen (oder einige) der Eigentümer (für den Fall des Ersatzanspruchs gegen alle: A 1) **und erlangt er deshalb nur eine Teilhypothek** (oder eine Teil-Gesamthypothek) an dem Grundstück (oder an den Grundstücken) des ersatzpflichtigen Eigentümers (oder der ersatzpflichtigen Eigentümer) **für die Ersatzforderung,** während die Gesamthypothek in Höhe des überschließenden Betrags gemäß § 1172 Abs 1 zur gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld der Eigentümer wird (A 2), **so hat sich der ersatzpflichtige Eigentümer den Betrag der Teilhypothek** des Schuldners an seinem Grundstück **auf den ihm nach § 1172 gebührenden Anteil an der gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld anrechnen zu lassen.** Mithin verringert sich dieser Anteil, dessen Berechnung sich aus dem in § 1172 A 1—4 Dargelegten ergibt, zugunsten der anderen mitberechtigten Eigentümer um den Betrag der Teilhypothek des Schu dners. Ist dieser Betrag gleich dem Anteil oder höher als dieser, so entfällt der Anteil des ersatzpflichtigen Eigentümers überhaupt; dann steht die gemeinschaftliche Gesamtgrundschuld (bezüglich des vorgenannten überschießenden Betrags) den anderen Eigentümern allein zu. Auf die verschiedenen anderen Meinungen über die Art und Weise der Anrechnung wird nicht eingegangen, da die Vorschrift des Abs 2 wohl kaum jemals für die Rechtsanwendung in Frage kommen wird.

§ 1175

Verzichtet der Gläubiger auf die Gesamthypothek [1]), so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; die Vorschriften des § 1172 Abs 2 finden Anwendung [2]). Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem [3]).

Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird [4]).

E II 1082; P 3 629, 637.

1. Abs 1 Satz 1 betrifft den Fall, daß **der Gläubiger auf die Gesamthypothek** an allen belasteten Grundstücken, die verschiedenen Eigentümern gehören, ganz oder zum Teil verzichtet. Wegen des Inhalts der Verzichtserklärung und der sonstigen Erfordernisse des Verzichts: § 1168 A 1, 3, 4, 5. Der Unterschied zwischen dem Verzicht auf die Gesamthypothek und deren Aufhebung ergibt sich aus § 1183 A 1. Der Verzicht muß auf alle Grundstücke eingetragen werden (KGJ 24 A 136).

2. Die Gesamthypothek fällt infolge des Verzichts den **Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu** kraft Gesetzes, ohne daß es ihrer Eintragung als Gläubiger bedarf (§ 1168 A 2). Die persönliche Forderung des Gläubigers wird durch den Verzicht nicht berührt (§ 1168 A 1).

Sie trennt sich von der Hypothek. Diese wird in der Hand der Eigentümer gemäß § 1177 Abs 1 zur Gesamtgrundschuld. Bezüglich der Höhe des Anteils der einzelnen Eigentümer an der Gemeinschaft und bezüglich des Rechts jedes Eigentümers auf entsprechende Zuteilung einer Einzelgrundschuld an seinem Grundstück aus der gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld **finden die Vorschriften des § 1172 Abs 2 Anwendung.** Vgl. hierüber § 1172 A 2, 3, 4. Verzichtet der Gläubiger auf einen Teil der Hypothek an allen Grundstücken, so hat die ihm verbleibende Rest-Gesamthypothek gemäß § 1176 den Vorrang vor der den Eigentümern gemeinschaftlich zufallenden Teil-Gesamtgrundschuld.

3. Abs 1 Satz 2 betrifft den Fall des **Verzichts des Gläubigers auf die Gesamthypothek an einem der Grundstücke.** Ein solcher Verzicht bewirkt nicht, wie der Verzicht auf die Einzelhypothek gemäß §§ 1168 Abs 1, 1177 Abs 1, die Entstehung einer Grundschuld für den Eigentümer des von dem Verzicht betroffenen Grundstücks, sondern die **Hypothek erlischt an diesem Grundstück** kraft Gesetzes im Zeitpunkt des Zusammentreffens der Verzichtserklärung und der Verzichtseintragung, ohne daß es der Löschung oder der Zustimmung des Eigentümers zu der Eintragung des Verzichts bedarf (§§ 1168 A 4, 1173 A 3; so jetzt auch das Kammergericht in HRR 1932 Nr 513 gegen KGJ 24 A 135); die im Range nachstehenden Berechtigten rücken vor. Soll aber die Hypothek an diesem Grundstück gelöscht werden, so ist nach der Ordnungsvorschrift des § 27 Abs 1 GBO die Zustimmungserklärung des Eigentümers erforderlich (§ 1173 A 3; KGJ 24 A 135; RJA 2, 240; 11, 155; OLG 6, 101; 14, 131). Eine abweichende Meinung vertreten, sofern der Verzicht im Grundbuch eingetragen ist, die Entscheidungen in KGJ 47, 209 und HRR 1932 Nr 513 mit der Begründung: der Fall sei gleichzustellen dem des § 1132 Abs 2; es handle sich lediglich um die grundbuchmäßige Verlautbarung des Erlöschens der Hypothek als einer gesetzlichen Folge der nicht an die Zustimmung des Eigentümers geknüpften Eintragung des Verzichts. Dieser Ansicht ist aber nicht beizupflichten: § 1132 Abs 2 betrifft die Eintragung einer Verteilung, während hier eine Löschung der Hypothek im Sinne des § 27 Abs 1 GBO vorzunehmen ist; für die rechtliche Gleichstellung der beiden verschiedenen Fälle fehlt eine gesetzliche Grundlage. An den anderen Grundstücken besteht die Hypothek für den Gläubiger wie bisher weiter. Ist die Löschung der Hypothek nur auf einem der Grundstücke bewilligt und beantragt, so darf sie nicht auch auf den übrigen mithaftenden Grundstücken erfolgen (§ 875 A 3). — Wenn der Gläubiger einer Einzelhypothek auf die Hypothek an einem Trennstück oder, falls das Grundstück mehreren Miteigentümern gehört, auf die Hypothek an dem Anteil eines Miteigentümers (§ 1114) verzichtet (z. B. das Trennstück im Falle der Veräußerung aus der Pfandhaft entläßt), so ist die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 entsprechend anzuwenden. Die Hypothek an dem Trennstück oder dem Anteil wird also nicht nach §§ 1168 Abs 1, 1177 Abs 1 zur Grundschuld für den Eigentümer (Miteigentümer), sondern erlischt. Denn durch die Absonderung des Trennstücks oder des Miteigentumsanteils wird die Einzelhypothek zur Gesamthypothek (§ 1132 A 1; **RG** 52, 362; 81, 82; KGJ 24 A 136; 25 A 317). Der Verzicht bedarf aber auch in diesen Fällen der Eintragung auf das Trennstück oder den Bruchteil (**RG** 101, 120; KGJ 24 A 136; in RJA 11, 155 wird angenommen, wenn der Antrag auf Löschung gerichtet sei, handle es sich nicht um einen Verzicht, der einzutragen wäre; dazu § 1183 A 1). Soll die Abschreibung des Trennstücks demnächst pfandfrei erfolgen, so ist auch hier nach § 27 Abs 1 GBO (formellrechtlich) die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (KGJ 24 A 136; 25 A 318), und zwar des Eigentümers zur Zeit der Abschreibung, also des Veräußerers, nicht des Erwerbers (in RJA 11, 155 wird ausgeführt: wenn Auflassung und Bewilligung pfandfreier Abschreibung gleichzeitig mit Beantragung der Löschung erfolgen, genüge nach § 185 Abs 2 die Zustimmung des Erwerbers des Trennstücks). Ist die Eintragung der Pfandentlassung (Löschung der Hypothek auf dem Trennstück) sowie die Abschreibung des Trennstücks unterblieben, so hat die Pfandentlassung nur die schuldrechtliche Folge, daß der Gläubiger sein Pfandrecht an dem entlassenen Trennstück nicht geltend machen soll. Wird sodann das ganze Grundstück zwangsversteigert und erlischt die Hypothek durch den Zuschlag (§ 91 ZVG) mit der Folge, daß an ihre Stelle das Recht auf den Versteigerungserlös tritt (§ 1168 A 1), so hat die Pfandentlassung nur die schuldrechtliche Wirkung, daß der Gläubiger aus dem auf das Trennstück entfallenden Versteigerungserlöse keine Befriedigung suchen darf (**RG** 101, 120). Ist dagegen die Eintragung der Pfandentlassung (Löschung auf dem Trennstück) erfolgt, so hat die Pfandentlassung dingliche Wirkung. Dann ist das Trennstück von der Haftung für die Hypothek frei, selbst wenn seine Abschreibung von dem Grundstück entgegen der Vorschrift des § 6 Satz 1 GBO unterbleibt; denn diese Vorschrift ist nur eine Ordnungsvorschrift (**RG** 101, 120). — Ferner tritt nach § 418 Abs 1 Satz 2, 3 im Falle einer Schuldübernahme, durch die der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung befreit wird, das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, es sei denn, daß der Eigentümer seinerseits in die Schuldübernahme eingewilligt hat. Wird also von einem oder einigen der Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke in die Schuldübernahme nicht eingewilligt, so erlischt die Hypothek an dem Grundstück des nicht einwilligenden Eigentümers.

4. Ist der (unbekannte) **Gläubiger durch Ausschlußurteil nach § 1170 mit seinem** dinglichen **Rechte** (§ 1170 A 3) an allen Grundstücken (auf Aufgebotsantrag sämtlicher Eigentümer) **ausgeschlossen,** so fällt die Hypothek nach § 1175 Abs 1 Satz 1 allen Eigentümern gemeinschaftlich zu.

Bezieht sich die Ausschließung nur auf eins (oder einige) der belasteten Grundstücke (weil nur der Eigentümer dieses Grundstücks das Aufgebot beantragt hat), so erlischt die Hypothek nach § 1175 Abs 1 Satz 2 auch nur an diesem Grundstück (KGJ 34 A 301). Gleiches gilt auch dann, wenn das Aufgebot einer Einzelhypothek beantragt, dann aber ein Teil des belasteten Grundstücks vor Erlaß des Aufgebots veräußert und nach einem anderen Grundbuchblatt unter Übertragung der Hypothek abgeschrieben und so eine Gesamthypothek entstanden war; das Ausschlußurteil erstreckt sich in diesem Falle nicht auf die Hypothek an dem abgeschriebenen Grundstücksteil (OLG 29, 277). — Auf die als Befriedigung des Gläubigers wirkende Ausschließung nach § 1171 finden die §§ 1172, 1173, nicht § 1175 Anwendung.

§ 1176

Liegen die Voraussetzungen der §§ 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175 nur in Ansehung eines Teilbetrags der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigentümer oder einem der Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden [1]).

E I 1095, 1097 II 1083; M 3 730, 733; P 3 608.

1. Der § 1176 entspricht einer Reihe von Einzelvorschriften, die auch sonst für Fälle gegeben sind, in denen der Übergang einer Forderung auf einen andern kraft Gesetzes stattfindet. Solche Fälle finden sich insbesondere in den §§ 426 Abs 2, 774 Abs 1 Satz 2, Abs 2 (Gesamtschuldner, Bürge, Mitbürgen), 1143 Abs 1 Satz 2 (Befriedigung des Hypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner), 268 Abs 3 Satz 2, 1150 (Befriedigung des Hypothekengläubigers durch einen Ablösungsberechtigten), 1182 (Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers aus einem der belasteten Grundstücke). Im Einklang mit diesen Einzelvorschriften ist im § 1176 für die Fälle der **§§ 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175**, in denen die **Hypothekenforderung auf den oder einen der Eigentümer** (§§ 1163, 1168, 1172, 1173, 1175) oder **auf den persönlichen Schuldner** (§§ 1164, 1174) kraft Gesetzes **übertragen** wird, durch gemeinsame Vorschrift bestimmt, daß eine Übertragung, die **nur in Ansehung eines Teilbetrags** erfolgt, **nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek** geltend gemacht werden kann. Die Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß billigerweise aus dem teilweisen Übergang auf einen andern keine weiteren Folgerungen gegen den Gläubiger zu ziehen seien als diejenigen, die sich aus einem teilweisen Erlöschen des Rechts ergeben würden (Mot 3, 730; **RG** JW 1911, 277[5]). Danach hat die Resthypothek des Gläubigers in diesen Fällen insbesondere den Vorrang vor dem auf den andern übergehenden Teil (**RG** JW 1911, 277[5]; Gruch 47, 406; KGJ 21 A 167; 25 A 303; 28 A 139; 29 A 179; 52, 279; auch **RG** 76, 198). Diese Folge tritt kraft Gesetzes ein (**RG** Gruch 47, 906). Deshalb ist eine Vereinbarung, wodurch die Folge noch besonders festgesetzt wird, bedeutungslos und als überflüssig von der Eintragung in das Grundbuch auszuschließen (KGJ 21 A 165; 28 A 139). Wenn aber der übergegangene Hypothekteil auf den Namen des Eigentümers oder des persönlichen Schuldners umgeschrieben werden soll, so ist ein Vermerk über das Rangverhältnis des Teils zu der Resthypothek des Gläubigers in das Grundbuch aufzunehmen, da vor dem Übergang die Teile gleichen Rang hatten und nun eine Änderung dieses Ranges eingetreten ist (KGJ 25 A 306). Soll nach dem Übergang der Vorrang der Resthypothek beseitigt werden, so handelt es sich um eine Rangänderung; daher müssen die Erfordernisse des § 880 beobachtet werden. Eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß gegebenenfalls die Resthypothek nicht den Vorrang haben soll, ist zulässig und eintragungsfähig, da sie den Inhalt des Hypothekenrechts betrifft (KGJ 29 A 184). Da § 1176 den Vorrang nicht dem Gläubiger persönlich, sondern der ihm verbleibenden Hypothek gewährt, bleibt ihr Vorrang auch dann erhalten, wenn sie demnächst auf einen andern übergeht, mag dieser neue Gläubiger auch der Inhaber des andern Teils oder der Eigentümer sein (KGJ 52, 279). — § 1176 setzt voraus, daß dem Gläubiger ein Teil der Hypothek verbleibt. Geht die ganze Hypothek in Teilbeträgen auf andere über (z. B. wenn Miteigentümer zwar gleichzeitig, aber je nur für ihren Teil den Gläubiger befriedigen), so stehen die Teile im Range gleich. Wird aber eine Hypothekenforderung nach und nach durch Teilzahlungen getilgt, so entstehen mit jeder Teilzahlung Eigentümergrundschulden, welche verschiedenen Rang haben (§ 1151 A 1). Weiter hat § 1176, wie sich aus der Gegenüberstellung der Worte „in Ansehung eines Teilbetrags" und „der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek" ergibt, zur Voraussetzung, daß der Übergang auf den andern, insbesondere in den Fällen des § 1163 auf den Eigentümer, einen Teil einer einheitlichen, dem Gläubigerrecht einer Person allein unterliegenden Hypothek betrifft. Die Eintragung einer Hypothek für eine Mehrzahl von Inhaberschuldverschreibungen (§ 1187) enthält nicht lediglich ein einziges Hypothekenrecht für einen einzigen Gläubiger, sondern eine Mehrzahl von Hypotheken, die je für sich selbständig bestehen. Daher ändert sich der Rang unter ihnen nicht,

wenn die Hypothek für eine Teilschuldverschreibung wegen Nichtbestehens der Forderung (z. B. bei Nichtbegebung: § 1187 A 2) Eigentümergrundschuld ist. Wird ferner von einer Hypothek, die mit einer Hypothek eines andern Gläubigers gleichen Rang hat, ein Teilbetrag zur Eigentümergrundschuld (z. B. beim Verzicht des Gläubigers), so steht diese zwar der Resthypothek im Range nach, nicht aber auch der anderen Hypothek; vielmehr behalten Resthypothek und Eigentümergrundschuld zusammen gleichen Rang mit der anderen Hypothek. Dies gilt auch dann, wenn beide Hypotheken unter derselben Nummer eingetragen sind, da sie trotz solcher Eintragung selbständige, von einander verschiedene Hypotheken sind (OLG 26, 162). — Für rechtsgeschäftliche Übertragungen von Teilbeträgen ist hinsichtlich des Ranges weder im § 1176 noch sonst im Gesetz eine Bestimmung gegeben. Da vor der Abtretung alle Teile gleichen Rang haben (RG JW 1911, 277[5]), bleibt dieses Rangverhältnis auch dann bestehen, wenn der Gläubiger einen Teil an einen andern abtritt. Gleiches gilt für die Pfändung eines Hypothekteils im Wege der Zwangsvollstreckung. Jedoch kann im ersteren Falle (was auch regelmäßig geschieht) von den Beteiligten das Rangverhältnis ausdrücklich anderweit geregelt werden (§ 1151; RG JW 1911, 277[5]) oder ein anderes Rangverhältnis als gewollt aus den Umständen sich von selbst ergeben (KGJ 29 A 179). Im letzteren Falle muß die Pfändung und Überweisung des Teils, wenn es der Pfändungsgläubiger beantragt, mit dem Vorzugsrecht vor dem Überrest ausgesprochen werden. Aus § 1176 ist nicht zu folgern, daß ein Teil der Hypothek, den der Gläubiger mit Vorrang vor dem Überrest abgetreten hat und der dann (z. B. durch Zahlung an den Zessionar) auf den Eigentümer übergeht, nunmehr der Überresthypothek des ursprünglichen Gläubigers im Range nachzustehen hat. Denn infolge der Teilabtretung sind an die Stelle der bisher einheitlichen Hypothek mehrere selbständige Hypotheken in Höhe der Teilbeträge getreten (RG 75, 249). Daher ist für eine Anwendung des § 1176 kein Raum mehr (str.; RG JW 1911, 277[5]). Weiter ist aus § 1176 nichts für die Frage zu entnehmen, wie Tilgungsbeiträge (Amortisationsleistungen), die auf eine Hypothek zu leisten sind, nach Teilabtretung zu verrechnen sind. Solche Leistungen betreffen die ganze Hypothek und damit zugleich alle ihre Teile. Deshalb sind sie nach Verhältnis auf die einzelnen Teile zu verrechnen (RG JW 1911, 277[5]). Hat der Eigentümer einen durch Befriedigung des Gläubigers zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Hypothek an einen Dritten abgetreten und bringt dann dieser Dritte auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels wegen der Grundschuld die Pfändung von Mietzinsen aus, so wird die Grundschuld zwar im Sinne des § 1176 zum Nachteil der dem Gläubiger verbliebenen Resthypothek geltend gemacht, doch muß der Hypothekengläubiger, wenn er nicht seinerseits auf Grund seiner Resthypothek die Beschlagnahme ausgebracht hat, die Pfändung nach dem auch hier trotz des § 1176 maßgebenden (RG 83, 404) § 1124 Abs 1 als Verfügung über die Mietzinsen (§ 1124 A 3) gegen sich ebenso gelten lassen wie die Pfändung eines anderen, sei es auch nachstehenden Hypothekengläubigers (a. M. JW 1916, 289[4]; s. dort die zutreffende Anmerkung dazu). — Im § 21 Abs 2 AufwG ist bei dem Aufwertungsanspruch mehrerer Personen, die durch Übergang kraft Gesetzes oder durch rechtsgeschäftliche Abtretung an einer Hypothek beteiligt sind, über deren Rangverhältnis Abweichendes von § 1176 und § 1151 (dort A 1) bestimmt (RG 120, 212).

§ 1177

Vereinigt sich die Hypothek [1]) mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht [2]), so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld [3]). In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend [4]).

Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu [5]), so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften [6]).

E I 1098 II 1084; M 3 733; P 3 572, 610, 720.

1. **Die Hypothek** kann durch die Vereinigung mit dem Eigentum die im § 1177 Abs 1, 2 bestimmte rechtliche Gestaltung naturgemäß nur dann gewinnen, wenn sie als Hypothek überhaupt rechtsgültig besteht. Mithin muß sie gemäß § 873 als Hypothek durch rechtswirksame Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber über die Bestellung dieses Rechts und durch Eintragung begründet worden sein. Ist die Eintragung ohne eine solche Einigung erfolgt und kommt auch nachher eine Einigung nicht zustande oder ist die Einigungserklärung auch nur eines der Beteiligten (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit, Wuchers, Scheinabrede: RG 57, 95; JW 1902 Beil 202; 1906, 736[3]; 1913, 540[3]; Warn 1913 Nr 353; OLG 5, 9) nichtig oder (z. B. wegen Irrtums oder Betrugs) anfechtbar und angefochten (RJA 9, 59), so besteht ein hypothekarisches Recht überhaupt nicht (§ 873 A 4). Daher kann auch durch Vereinigung mit dem Eigentum nicht eine Hypothek (Abs 2) oder eine Grundschuld (Abs 1) für den Eigentümer daraus entstehen (RG 68, 101; 70, 356;

78, 64; 106, 139; JW 1903 Beil 50[113]; Warn 1913 Nr 353; Gruch 59, 901; RJA 4, 118; OLG 5, 9; 11, 114; 15, 339). Streitig ist, ob dies für den Fall des Abs 1 auch dann zu gelten hat, wenn der Hypothekeintragung zwar nur eine einseitige, aber an sich gültige Eintragungsbewilligung des Eigentümers zugrunde liegt (wenn z. B. der Eigentümer eine Darlehnshypothek hat eintragen lassen in der Meinung, der als Gläubiger Bezeichnete werde ihm das Darlehn gegen Hypothekbestellung gewähren, eine Einigung aber demnächst nicht zustande kommt, oder wenn die Einigungserklärung des andern Teils nichtig ist). Dies ist zu bejahen, weil ein dingliches Recht am Grundstück grundsätzlich nicht durch einseitige Rechtshandlungen des Eigentümers begründet werden kann (**RG** 70, 353; 106, 139; KGJ 40, 259). Die von der Gegenmeinung herangezogenen Vorschriften der §§ 1188, 1190, wonach zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder zur Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer selbst die Eintragungsbewilligung des Eigentümers allein für genügend erklärt ist, kennzeichnen sich als Ausnahmevorschriften mit Rücksicht auf die besondere Natur dieser Rechte. Abgesehen hiervon ist die Hypothekeintragung bei mangelnder Einigung nichtig, auch wenn die Eintragungsbewilligung des Eigentümers an sich rechtswirksam ist. Damit ist aber auch ihre Umwandlung in eine (gültige) Eigentümergrundschuld nach Abs 1 ausgeschlossen. Die Eintragungsbewilligung des Eigentümers und die daraufhin (vgl. § 19 GBO) erfolgte Hypothekeintragung können auch nicht gemäß § 140 in Bestellung und Eintragung einer Grundschuld für den Eigentümer im Sinne des § 1196 umgedeutet werden. Denn bewilligt und vorgenommen ist hier die Eintragung einer „Hypothek" für die „Forderung" eines „anderen", während nach der zwingenden Vorschrift des § 1196 die dort bezeichnete Grundschuld auf Grund einseitiger Bewilligung des Eigentümers nur dann rechtsgültig begründet wird, wenn die Eintragung einer „Grundschuld" „für ihn" bewilligt und bewirkt wird (**RG** 70, 353; KGJ 40, 259; RJA 12, 275). — Handelt es sich um eine Zwangshypothek (§ 867 ZPO) oder Arresthypothek (§ 932 ZPO) und fehlte bei ihrer Eintragung eine in der ZPO für die Zwangsversteigerung oder Arrestvollziehung zwingend vorgeschriebene Voraussetzung (z. B. vollstreckbarer Schuldtitel, Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 750ff., Einhaltung der Fristen des § 929 Abs 2, 3 für die Arrestvollziehung), so kann daraus keine Eigentümergrundschuld entstehen, weil die Hypothekeintragung überhaupt nichtig ist. Insbesondere findet dann auch die Vorschrift des § 868 ZPO über den Erwerb solcher Hypotheken durch den Eigentümer (§ 1163 A 6) keine Anwendung (RJA 11, 244; 15, 245; KGJ 43, 251; 49, 239; 53, 195). Jene Nichtigkeit ist unheilbar, so daß z. B. eine unter Verletzung von §§ 751 Abs 2, 921 ZPO eingetragene Arresthypothek auch durch nachträgliche ordnungsmäßige Sicherheitsleistung des Arrestgläubigers keine Gültigkeit erlangt. Denn aus den Vorschriften des BGB über das Rangverhältnis zwischen mehreren eingetragenen Rechten (§§ 879 Abs 1, 2, 880, 883 Abs 3, 900 Abs 2) ist zu entnehmen, daß ein eingetragenes Recht keinen Rang haben kann, der sich nicht aus seiner Eintragung, sondern aus späteren, noch dazu aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Ereignissen ergeben möchte (str.; KGJ 53, 189). Nichtig und daher einer Eigentümerhypothek nicht zugängig ist auch eine Zwangs- oder Arresthypothek, welche der Vorschrift des § 14 KO zuwider nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Grundstückseigentümers eingetragen worden ist (OLG 26, 158). Dagegen wirkt eine Anfechtung der Hypothekbestellung gemäß §§ 29ff. KO oder auf Grund des Anfechtungsgesetzes nur zugunsten der Konkursgläubiger oder des anfechtenden Gläubigers und läßt im übrigen den Bestand der Hypothek unberührt (**RG** 24, 92; 47, 219; 70, 113; KGJ 39 A 227; Gruch 36, 1113). — Liegt eine rechtswirksame Hypothekbestellung vor, so gelten die Vorschriften des § 1177 für alle Hypothekenarten, auch für Sicherungshypotheken, mit Ausnahme der Hypotheken für die im § 1178 bezeichneten Forderungen. Hierüber und über die Anwendung des § 1177 auf Höchstbetragshypotheken vgl. § 1163 A 1. Die Frage, ob § 1177 Abs 1 auf die vor Inkrafttreten des BGB entstandenen preußisch-rechtlichen Eigentümerhypotheken Anwendung findet, erörtern einerseits KGJ 21 A 160; OLG 12, 289, anderseits RJA 1, 162. Über bayr. Hypothekenrecht, das die Eigentümerhypothek nicht kennt, vgl. in dieser Hinsicht OLG 31, 351.

2. Eine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, tritt hauptsächlich in den Fällen des § 1163 ein, also: wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt (§ 1163 Abs 1 Satz 1); wenn die Forderung erlischt (§ 1163 Abs 1 Satz 2); wenn bei der Briefhypothek der Brief dem Gläubiger nicht übergeben ist. Vgl. hierüber § 1163 A 1—7. Weitere Fälle sind: Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer oder des Eigentums durch den Gläubiger kraft Übertragung oder Erbgang (RJA 5, 210; KGJ 20 A 318; 25 A 301; OLG 18, 177); Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168; dort A 2); Ausschließung des Gläubigers mit seinem Recht im Wege des Aufgebotsverfahrens (§ 1170; dort A 7); Erlassung eines als Befriedigung des Gläubigers geltenden Ausschlußurteils gemäß § 1171, wenn der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist (§ 1171 A 5); Übergang der Gesamthypothek auf die Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke in den Fällen des § 1172 Abs 1 (dort A 1), des Verzichts des Gläubigers gemäß § 1175 Abs 1 Satz 1 (dort

A 2), der Ausschließung des Gläubigers mit seinem Recht gemäß § 1170 (§ 1175 Abs 2; dort A 4); Übergang von Arrest- oder Zwangshypotheken auf den Eigentümer gemäß § 868 ZPO (§ 1163 A 1). — Dagegen entsteht keine Eigentümergrundschuld, wenn der Gläubiger auf den Versteigerungserlös, der auf seine durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erloschene Hypothek entfällt, im Verteilungstermin verzichtet (§ 1168 A 1). Aus den in A 1 § 1168 dargelegten Gründen ist auch zu verneinen, daß eine Eigentümergrundschuld entsteht, wenn der Ersteher, der zugleich Hypothekengläubiger ist, den auf seine Hypothek entfallenden Betrag von dem zu zahlenden Versteigerungspreis in Abzug bringt. Die Hypothek ist durch den Zuschlag erloschen. Das Recht auf Befriedigung aus dem Erlös wird durch den Abzug wie durch Zahlung getilgt (str.; a. M. RJA 2, 194). Wenn allerdings ein solcher Abzug nicht erfolgt, der Vollstreckungsrichter die Forderung gegen den Ersteher, der das Bargebot nicht berichtigt hat, auf diesen selbst als den Berechtigten gemäß § 118 Abs 1 ZVG überträgt und die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 128 Abs 1 ZVG veranlaßt, so wird diese Sicherungshypothek, bei der Forderung und Schuld in einer Person vereinigt sind, als Eigentümergrundschuld zu erachten sein (vgl. jedoch RJA 12, 274). Weiter entsteht eine Eigentümergrundschuld nicht, wenn der Ersteher mit dem Gläubiger, dessen Hypothek außerhalb des geringsten Gebotes stand und deshalb an sich durch den Zuschlag erlöschen würde, eine Vereinbarung über das Bestehenbleiben der Hypothek gemäß § 91 Abs 2 ZVG trifft. Die Hypothek bleibt in diesem Falle vielmehr als solche bestehen, und zwar für die ursprüngliche Forderung, die der Ersteher gemäß § 414 übernimmt (RJA 2, 152).

3. Die Hypothek verwandelt sich in eine Grundschuld kraft Gesetzes, ohne daß es der Eintragung des Eigentümers als Gläubigers der Grundschuld bedarf. Wer als der berechtigte Eigentümer in Betracht kommt, ist für die in A 2 genannten einzelnen Fälle näher erörtert in § 1163 A 4, 6, 7, § 1168 A 2, § 1170 A 7, § 1171 A 5, § 1172 A 1, § 1175 A 2. Die **rechtliche Natur der dem Eigentümer zufallenden Grundschuld** ist im allgemeinen dieselbe wie die der gewöhnlichen Grundschuld. Der Eigentümer hat die Befugnis zur Geltendmachung der Grundschuld als eines das Grundstück belastenden Rechts und zur Verfügung über sie. Insbesondere hat er auch die Befugnis zu ihrer Aufhebung (Löschung: § 875) in gleicher Weise wie jeder andere Grundsuchldgläubiger. Er kann die Grundschuld ferner an einen andern übertragen oder für einen andern belasten oder auch gemäß § 1198 wieder in eine Hypothek umwandeln für eine neue Forderung. Anderseits unterliegt sie der Pfändung seiner Gläubiger. Hierüber und über die Fragen, ob zur Verfügung seine vorherige Eintragung als Gläubiger erforderlich ist, welche Nachweise dem Grundbuchamt zur Eintragung der Verfügung zu erbringen sind und ob eine künftige Eigentümergrundschuld übertragen, verpfändet und gepfändet werden kann: § 1163 A 3, die Hauptfälle der Eigentümergrundschuld betreffend. Durch Veräußerung des Grundstücks geht der Eigentümer der Grundschuld nicht verlustig (§ 1163 A 6). Im Falle des Konkurses fällt sie gemäß § 1 KO in seine Konkursmasse (RG Warn 1909 Nr 145). Dies gilt auch dann, wenn erst nach der Konkurseröffnung der Konkursverwalter durch Befriedigung des Gläubigers aus Mitteln der dem Gemeinschuldner gehörenden Masse die Forderung zum Erlöschen bringt (§ 1163 Abs 1 Satz 2; § 6 KO). Dagegen steht in anderen Fällen einer erst nach der Konkurseröffnung eintretenden Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum (z. B. wenn der Eigentümer den Gläubiger beerbt) die Grundschuld als neuer Erwerb dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung (RG 61, 41). — Kommt das Grundstück zur Zwangsversteigerung und geht die Grundschuld dem Anspruch des betreibenden Gläubigers vor, so ist sie gemäß § 44 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmen und bleibt für den bisherigen Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) gegenüber dem Ersteher als Grundstücksbelastung bestehen (RG 94, 9). Geht ihr der Anspruch des betreibenden Gläubigers vor und erlischt sie daher durch den Zuschlag gemäß §§ 52, 91 ZVG, so kann der auf sie entfallende Versteigerungserlös in Anspruch genommen werden von dem Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) oder im Falle seines Konkurses von dem Konkursverwalter (RG 55, 264; 63, 216; 65, 418; 75, 316; 77, 296; 88, 305; Warn 1909 Nr 145; auch RG 52, 5; JW 1906, 424[9]; Warn1908 Nr 237; Gruch 31, 404; 44, 1214; 52, 1075) oder auch von einem (dinglichen oder persönlichen) Gläubiger des Eigentümers, wenn dieser Gläubiger die Grundschuld vor dem Zuschlag oder das Recht auf den Erlös nach dem Zuschlag gepfändet hat (RG 55, 264; 63, 216; 64, 216; 64, 311; 70, 279; 75, 316; JW 1906, 387[13]). Über die Erfordernisse dieser beiden Pfändungsarten vgl. § 1154 A 1, § 1163 A 3. Der auf die Grundschuld zugeteilte Erlösteil fällt nicht etwa den nachstehenden Hypothekengläubigern oder sonst dinglich Berechtigten zu. Verzichten allerdings die genannten Empfangsberechtigten, insbesondere der etwa noch verfügungsberechtigte Eigentümer, auf den Erlösteil (im Verteilungstermin), so scheiden sie ebenso, wie wenn ein Hypothekengläubiger für seine Hypothek auf den Erlös verzichtet, aus dem Verteilungsverfahren aus; dann ist der Erlösteil unter die nachstehenden Berechtigten zu verteilen (§ 1168 A 1). Abgesehen hiervon ist die Geltendmachung der Eigentümergrundschuld auch dann nicht unzulässig, wenn ihr Erwerb zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch nicht ersichtlich war und das Recht nicht gemäß § 37 ZVG angemeldet ist; es genügt der Nachweis des Bestehens der Eigentümergrundschuld bei der Kaufgelderverteilung (RG 77, 296; vgl. auch 73,

300). — Eine Einschränkung der Befugnis zur Geltendmachung der Grundschuld, solange sich diese in der Hand des Eigentümers befindet (RG 60, 363), ergibt sich jedoch aus § 1197. Danach kann der Eigentümer nicht selbst die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. Ferner gebühren ihm Zinsen von der Grundschuld nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung, also nur dann, wenn ihm, wie das durch die Zwangsverwaltung geschieht (§§ 20—24, 148 ZVG), die Einkünfte aus dem Grundstück entzogen sind (RG 60, 362). Dies gilt auch zugunsten der Inhaber der die Grundschuld belastenden Rechte (z. B. eines Nießbrauchers, eines Pfandgläubigers). Daher kann z. B. derjenige, dem die Grundschuld vom Eigentümer verpfändet worden ist, ebensowenig wie der Eigentümer selbst Zinsen aus dem Zwangsversteigerungserlöse beanspruchen (RG 60, 359). Ist zugleich die Zwangsverwaltung eingeleitet, so kann er sich wegen der Zinsen auch nur an die Zwangsverwaltungsmasse halten, nicht an den Versteigerungserlös (RG 60, 362). — Unterschiede zwischen der aus der Hypothek hervorgegangenen Eigentümergrundschuld und einer Grundschuld, die von vornherein als Eigentümergrundschuld bestellt worden ist, zeigen sich insofern, als die erstere gewisse Rechtsverhältnisse der Hypothek, aus der sie entstanden ist, zu sich herübernimmt (RG 70, 357; KGJ 29 A 181). Je nachdem die Hypothek Briefhypothek oder Buchhypothek war, ist auch die Eigentümergrundschuld Briefgrundschuld oder Buchgrundschuld. Ferner bleiben nach § 1177 Abs 1 Satz 2 in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die Bestimmungen maßgebend, die für die durch die Hypothek gesicherte Forderung getroffen waren (A 4). Im übrigen ist die Eigentümergrundschuld aber ebenso wie eine andere Grundschuld von einer Forderung losgelöst, insbesondere auch von der durch die Hypothek gesichert gewesenen Forderung, selbst wenn diese, wie z. B. im Falle des Verzichts auf die Hypothek (§ 1168 A 1), nach der Umwandlung der Hypothek in die Grundschuld noch in der Hand des bisherigen Gläubigers bestehen bleibt (RG SeuffA 74 Nr 162). Daher können dem Berechtigten oder dessen Rechtsnachfolger, sofern nicht § 1177 Abs 1 Satz 2 Platz greift, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden nicht gemäß § 1137 entgegengesetzt werden. — Die Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld tritt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind, mit Notwendigkeit ein. Sie kann durch Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen werden. In Anbetracht der Vertragsfreiheit auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse kann sich aber, wie auch durch § 1179 bestätigt wird, der Eigentümer zugunsten eines andern wirksam verpflichten, die ihm zufallende Grundschuld nicht für sich geltend zu machen, sondern zur Löschung zu bringen (RG 52, 5; OLG 10, 425; z. B. zugunsten: eines nachstehenden Hypothekengläubigers; auch des Gläubigers der Hypothek selbst, wenn er, wie bei einer Hypothek für ein Baugelddarlehn, mit Rücksicht auf etwaige teilweise Nichtentstehung der Forderung ein besonderes Interesse an der Löschung hat). Allerdings wirkt diese Verpflichtung an sich nur im Verhältnisse zwischen den Beteiligten persönlich. Gemäß § 1179 kann aber der Anspruch auf Löschung durch Eintragung einer Vormerkung mit Wirksamkeit gegen Dritte versehen werden. Die Wirkung der Vereinbarung im Falle des Konkurses des Eigentümers behandeln RG JW 1906, 424[9]; 1908, 200[15]. Eine der Ausschließung der Umwandlung gleiche Wirkung könnte auch dadurch herbeigeführt werden, daß die Hypothek unter der Bedingung ihres Erlöschens (auflösenden Bedingung: § 1113 A 2) beim Eintritt der Voraussetzungen für die Entstehung der Eigentümergrundschuld (z. B. beim Erlöschen der Forderung) bestellt würde (KGJ 46, 237). Den Fall, daß die Hypothek für das Zinsrecht (für sich allein) unter der auflösenden Bedingung des Erlöschens der Hauptforderung bestellt worden ist, erörtert § 1178 A 3. — Fälle, in denen aus gesetzlicher Bestimmung sich ergibt, daß die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person und daher die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld nur eine bedingte oder befristete ist und beim Eintritt der Bedingung oder des Endtermins der frühere Rechtszustand kraft Gesetzes wieder eintritt, finden sich in den §§ 1976, 1991 Abs 2, 2143, 2175, 2377. Insbesondere ergibt sich aus § 2143, daß, wenn der Hypothekengläubiger Vorerbe des Grundstückseigentümers und zugleich persönlichen Schuldners wird, zwar zunächst die Forderung erlischt und die Hypothek zur Eigentümergrundschuld wird, daß aber beim Eintritt des Nacherbfalles kraft Gesetzes die Forderung wieder auflebt und die Grundschuld wieder zur Hypothek wird (OLG 34, 29). — Aufwertung kraft Rückwirkung nach § 15 AufwG könnte, wie für Grundschulden im allgemeinen nach § 31 Abs 1 Satz 1, so auch für Eigentümergrundschulden stattfinden. Hat aber der Eigentümer die Eigentümergrundschuld bei der Veräußerung des belasteten Grundstücks vertragsgemäß löschen lassen, so kann er Aufwertung nicht beanspruchen, da dann keine Zahlung auf die Grundschuld im Sinne der daraus geschuldeten Leistung, sondern nur eine Zahlung auf den Kaufpreis für das von der Grundschuld frei zu machende Grundstück in Frage steht (RG 127, 316; SeuffA 83 S. 44).

4. Die für die Forderung getroffenen Bestimmungen in Ansehung der Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen bleiben maßgebend auch dann, wenn die Grundschuld nicht mehr dem Eigentümer zusteht, sondern auf einen andern übergegangen ist (KGJ 46, 235). Soweit solche

Bestimmungen, gleichviel ob rechtsgeschäftliche oder gesetzliche, in Frage kommen, ist es so anzusehen, als ob die Forderung noch fortbestünde und durch die Grundschuld gesichert sei (M 3, 734). In dieser Beziehung können dem die Grundschuld geltend machenden Berechtigten (dem Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger) auch Einreden gemäß § 1137 entgegengesetzt werden. Zinsen gebühren aber dem Eigentümer nach § 1197 Abs 2 nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung. Überträgt er jedoch die Grundschuld als solche oder unter Umwandlung in eine Hypothek (§ 1198) auf einen anderen, so gebühren diesem auch die Zinsen, sofern ihm solche übertragen worden sind (KGJ 46, 235). Zulässig ist der Vorbehalt der Grundschuld für das Zinsrecht im Falle der Abtretung der Grundschuld unter ihrer Umwandlung in eine Hypothek für die Forderung des neuen Gläubigers (§ 1158 A 3). — Die für die gewöhnliche Grundschuld hinsichtlich der Kündigung und des Zahlungsorts in den §§ 1193, 1194 gegebenen Vorschriften gelten für die Eigentümergrundschuld nicht (RG 107, 80). Aus § 1177 Abs 1 Satz 2 ergibt sich also ein Unterschied zwischen der Eigentümergrundschuld und der gewöhnlichen Grundschuld (A 3).

5. Der Hauptfall, in dem bei der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person **dem Eigentümer auch die Forderung zusteht,** ist der des § 1143. Er liegt also vor, wenn der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt. Weitere Fälle sind: wenn der Gläubiger die Hypothek als solche an den nicht persönlich haftenden Eigentümer abtritt (RJA 5, 212; KGJ 21 A 181); wenn der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger beerbt (§§ 1922, 1942); wenn der Gläubiger, dem die Forderung gegen einen Dritten zusteht, das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Vgl. ferner § 1171 A 5 (Ausschlußurteil, als Befriedigung des Gläubigers wirkend), § 1173 A 3, 7 (Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch einen der Eigentümer).

6. **Da sich die Rechte des Eigentümers aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften bestimmen,** finden auf diese Hypothek des Eigentümers die Vorschriften des § 1197 in gleicher Weise wie auf die Eigentümergrundschuld des Abs 1 Anwendung (A 3). Dies gilt auch für den Nießbraucher oder Pfandgläubiger, dem der Eigentümer an der Eigentümerhypothek einen Nießbrauch oder ein Pfand bestellt hat (RG 60, 350). Im übrigen aber ist diese forderungsbekleidete Eigentümerhypothek eine wirkliche Hypothek für die ursprüngliche Forderung. Der Eigentümer kann sie als Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen oder als Hypothek (ohne vorherige Umwandlung) an einen Dritten übertragen (KGJ 30 A 233; OLG 34, 29). Anderseits können ihm die Einreden aus § 1137 auf Grund des persönlichen Schuldverhältnisses entgegengesetzt werden, wenn er nach Veräußerung des Grundstücks die dingliche Klage gegen den neuen Eigentümer erhebt. Hat er die Forderung mit der Hypothek kraft Gesetzes erlangt (wie in den Fällen des § 1143 und des Erwerbs durch Erbgang), so steht ihm den Einreden gegenüber der Schutz des § 1138 nicht zur Seite.

§ 1178

Die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen [1]) sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind [2]), erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt [3]). Das Erlöschen tritt nicht ein, solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht [4]).

Zum Verzicht auf die Hypothek für die im Abs 1 bezeichneten Leistungen genügt die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer. Solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht, ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich [5]).

E I 1091, 1101 II 1085; M 3 720, 735; P 3 614; 4 605; 6 245.

1. Die Hypothek für die Zinsen folgt den gleichen Regeln wie die Hypothek für die Kapitalforderung, soweit nicht durch besondere Vorschriften (vgl. §§ 1158, 1159) etwas anderes bestimmt ist (RG 72, 364; Warn 1915 Nr 85). Zu den besonderen Vorschriften gehört § 1178. **Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen** im Sinne des § 1178 sind solche Zinsen usw., die zur Zeit der Vereinigung der hierfür bestehenden Hypothek mit dem Eigentum (Abs 1) oder zur Zeit des Verzichts (Abs 2) bereits fällig sind, bei denen also der Termin für ihre Fälligkeit vorübergegangen ist, ohne daß der Anspruch auf sie getilgt wurde oder sonst erlosch (§ 1159 A 1; RG 91, 301; JW 1911, 953[30]). Für die erst später fällig werdenden Zinsen usw. gelten die allgemeinen Vorschriften über die Entstehung einer Eigentümerhypothek aus einer Hypothek (A 3) und über den Verzicht auf eine Hypothek (A 5). Jedoch gebühren dem Eigentümerhypothekar während der

Vereinigung auch die später fällig werdenden Zinsen nur nach Maßgabe des § 1197 Abs 2 (§ 1177 A 3). Für eine erweiterte Anwendung des § 1178 auch in Ansehung künftiger Zinsen und Nebenleistungen tritt ein JW 1932, 1576[6]. Ob es sich um vertragsmäßige Zinsen handelt (§ 1115 A 5) oder um gesetzliche, für die nach § 1118 die Hypothek kraft Gesetzes haftet (§ 1118 A 2), macht für die Anwendung des § 1178 keinen Unterschied. Über andere Nebenleistungen s. § 1115 A 6. Tilgungsbeiträge bei Amortisationshypotheken gehören nicht zu den Nebenleistungen (§ 1115 A 6). Sie sind, auch wenn sie rückständig sind, der Eigentümerhypothek zugänglich (§ 1163 A 1). Beim Verzicht auf sie findet Abs 2 keine Anwendung (A 5).

2. Unter den **Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind,** sind nicht, wie es nach dem Wortlaut scheint, alle Kosten zu verstehen, auf deren Erstattung aus dem Grundstück der Gläubiger Anspruch hat (§ 1118 A 3), sondern nur diejenigen Kosten, für die das Grundstück gemäß § 1118 kraft Gesetzes ohne besondere Bewilligung und Eintragung haftet (§ 1118 A 1), also die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung (§ 1118 A 4, 5). Wie sich aus dem Zusammenhalt mit §§ 1118, 1145 Abs 2 Satz 2, 1159 Abs 1 Satz 2, 1160 Abs 3 ergibt, gelten andere Kosten, die eintragungsbedürftig sind, auch dann, wenn sie bei der Eintragung ihrem Schuldgrunde nach als Kosten bezeichnet sind, im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht als „dem Gläubiger (stets) zu erstattende Kosten". Sie sind vielmehr besonders begründete Forderungen, die nur insofern nicht völlig selbständig sind, als sie in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu der Hauptforderung stehen (M 3 S. 714, 720, 735; RJA 7, 127). Deshalb findet auf sie auch § 1178 keine Anwendung. Bei ihnen gelten die allgemeinen Vorschriften über die Entstehung einer Eigentümerhypothek, wenn auf Grund besonderer Eintragungsbewilligung ein Höchstbetrag für Kostenforderungen bei der Hypothekeintragung ausgeworfen oder eine gesonderte Höchstbetragshypothek gemäß § 1190 für Kostenforderungen eingetragen worden ist, mögen auch zu den Kostenforderungen die des § 1118 mit gehören (str.; RJA 7, 127; a. M. OLG 4, 160; 12, 292). Zinsen- und Kostenkautionshypotheken des früheren Rechts, die nach Inkrafttreten des BGB und Anlegung des Grundbuchs gemäß Art 192 EG als Höchstbetragshypotheken im Sinne des § 1190 gelten, werden behandelt in **RG** 61, 375; Warn 1915 Nr 85; anderseits OLG 12, 293. Ihretwegen ist ferner zu verweisen auf Art 194 EG und das RGes. betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechtes v. 17. 3. 1906.

3. Die Vorschrift, daß **die Hypothek** für die im Abs 1 Satz 2 bezeichneten Forderungen **erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt** (Fälle der Vereinigung: § 1177 A 2), enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 889 und von den im § 1177 gegebenen Vorschriften über die Wirkungen der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person (**RG** 72, 365; JW 1911, 953[30]). Die Hypothek, die bis zu der Vereinigung für die Rückstände an Zinsen usw. besteht (RJA 12, 147), wird aufgehoben, ohne daß es der Löschung bedarf. Sie kann daher nicht Gegenstand einer Eigentümerhypothek sein (**RG** 88, 164). Die Frage, ob mit Rücksicht hierauf bei einer Hypothek für Zinsrückstände eine Rangänderung mit dinglicher Wirkung nach § 880 ohne Eintragung (§ 880 Abs 2 Satz 1) und ohne Zustimmung des Eigentümers (§ 880 Abs 2 Satz 2) möglich ist, erörtert § 1159 A 2. — Dagegen bleibt eine Hypothek für Zinsen und andere Nebenleistungen sowie für Kosten, die *nicht unter die Vorschrift fallen* (A 1, 2), trotz ihrer Vereinigung mit dem Eigentum bestehen, und zwar je nach der Sachlage entweder nach § 1177 Abs 1 als Eigentümergrundschuld oder nach § 1177 Abs 2 als Hypothek des Eigentümers. Für die Wirkung der Vereinigung ist es sowohl bei den unter § 1178 fallenden Forderungen als auch bei den anderen Nebenforderungen gleichgültig, ob die ganze Hypothek mit dem Eigentum vereinigt wird oder ob die Vereinigung nur in Ansehung der Nebenforderungen eintritt. Wie sich auch aus § 1145 Abs 2 ergibt, kann insbesondere die Hypothek für noch nicht fällige Zinsen, das Zinsrecht, sowie für noch nicht fällige andere Nebenforderungen für sich allein zur Eigentümerhypothek werden, während die Hypothek für die Hauptforderung bei dem bisherigen Gläubiger verbleibt (z. B. wenn der Gläubiger gemäß § 1168 auf das Zinsrecht verzichtet). Die Zinsforderung oder eine andere Nebenforderung ist allerdings von dem Bestehen der Hauptforderung abhängig. Aber die Hypothek für sie ist ebenfalls eine hypothekarische Belastung des Grundstücks für eine Forderung, und die Entstehung der Eigentümerhypothek aus einer Hypothek hat überhaupt nicht zur Voraussetzung, daß die gesicherte Forderung besteht (str.; **RG** 72, 365; 74, 81; RJA 7, 129; KGJ 42, 270; 49, 218; 49, 221; 51, 290). Erlischt die Hypothek für die Hauptforderung, so erlischt zufolge der Abhängigkeit (§ 1158 A 3) auch die etwa aus der Hypothek für das Zinsrecht oder das Nebenleistungsrecht für sich allein entstandene Eigentümergrundschuld, auch wenn sie einem anderen als dem Gläubiger der Haupthypothek zusteht (**RG** 74, 81; KGJ 42, 270; 49, 218). Wie in § 1113 A 5 a. E. dargelegt ist, kann eine Hypothek für das Zinsrecht der Hypothekenforderung auch dann bestellt werden, wenn dem Grundstückseigentümer zugleich der Nießbrauch oder die Nutznießung (als Ehemann oder Vater: §§ 1383, 1649) an der Forderung zusteht. Zu verweisen ist ferner auf § 889 A 1. Danach erlischt das Zinsrecht nicht, wenn der Grundstückseigentümer den Nießbrauch an einer auf seinem Grundstück eingetragenen verzinslichen Hypothek erlangt. Wenn die Ehefrau oder ein Kind des Grundstückseigentümers eine auf dem Grundstück eingetragene verzinsliche Hypothek erwirbt, so bleiben

trotz des Nutznießungsrechts des Ehemannes oder Vaters das Zinsrecht und die Zinsrechtshypothek für die Ehefrau oder das Kind bestehen. Ist aber der Ehemann oder Vater persönlicher Schuldner der Zinsforderung, so erlischt die Hypothek für Zinsrückstände nach § 1178 Abs 1 Satz 1. Denn der Ehemann oder Vater erwirbt gemäß §§ 1383, 1652 diese Zinsen; die Zinsforderung erlischt also durch Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person; mithin vereinigt sich die Hypothek für diese Zinsen mit dem Eigentum in einer Person. Deshalb erwirbt z. B. ein Dritter, dem die Hypothek mit Zinsen von der Ehefrau abgetreten wird, die Hypothek für Zinsrückstände nicht; auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kann er sich nach § 1159 nicht berufen (OLG 34, 216). Die Hypothek für das Zinsrecht kann auch ebenso wie die Hypothek für die Hauptforderung (§ 1113 A 2) unter einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung bestellt werden (KGJ 46, 237). Als aufschiebend bedingt bestellt ist regelmäßig die Hypothek für Strafzinsen und für sonstige Entschädigungen im Falle der vorzeitigen Fälligkeit der Hauptschuld anzusehen, so daß hier beim Ausfall der Bedingung keine Eigentümergrundschuld entsteht. Ist aber nach den Umständen des Einzelfalls ausnahmsweise eine solche Hypothek als unbedingt bestellt anzusehen, so findet § 1178 Abs 1 Satz 1 entsprechende Anwendung (**RG** 136, 76; JFG 9, 270). Wird bei der Hypothek für das Zinsrecht als auflösende Bedingung das Erlöschen der Hauptforderung gesetzt, so hat der Eintritt der Bedingung (Erlöschen der Hauptforderung) die rechtliche Folge, daß die Eigentümergrundschuld, in die sich die Hypothek für die Hauptforderung nach § 1163 Abs 1 Satz 2, § 1177 Abs 1 Satz 1 umwandelt, anders als sonst (§ 1177 Abs 1 Satz 2) eine unverzinsliche ist (KGJ 46, 237). Eine solche Bedingung ist z. B. als gesetzt anzusehen bei Amortisationshypotheken hinsichtlich der Zinsen der gezahlten Amortisationsbeiträge, wenn die in Prozenten des Kapitals festgesetzten, Zinsen und Amortisationsbeiträge umfassenden Jahresleistungen bis zur vollständigen Tilgung des Kapitals von dessen vollem ursprünglichen Betrage zu entrichten sind (str.; KGJ 46, 236). Der abweichenden Meinung, der Zinssatz gelte auch für die Grundschuld über die getilgten Beträge, steht die Erwägung entgegen, daß damit eine Erweiterung der Zinspflicht einträte; denn bei der Resthypothek bleibt die Pflicht zur Zinszahlung für das ganze ursprüngliche Kapital bestehen. — Über die Zulässigkeit und die Erfordernisse der Übertragung und der Pfändung der Hypothek für noch nicht fällige Zinsen (das Zinsrecht): § 1158 A 3 sowie hier a. E. Erlischt die Hypothek infolge Zuschlags in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks gemäß § 91 ZVG, so tritt ebenso wie bei der Hypothek für das Kapital (§ 1147 A 4) an die Stelle der Hypothek für die Zinsen das Recht auf Befriedigung aus dem vom Ersteher zu zahlenden Versteigerungserlös. War die Hypothek einem Dritten verpfändet, so ergreift nunmehr (nach dem Surrogationsgrundsatz) das Pfandrecht dieses Befriedigungsrecht (**RG** Gruch 59, 131). Befriedigt der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Grundstückseigentümer ist, den Gläubiger wegen der Rückstände an Zinsen usw. und kann er vom Eigentümer Ersatz verlangen, so erlischt in Höhe des Ersatzanspruchs die Hypothek für die Rückstände nicht. Denn insoweit findet keine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person statt; § 1178 greift also nicht Platz; vielmehr geht diese Hypothek insoweit als Hypothek für den Ersatzanspruch gemäß § 1164 (dort A 3) auf den persönlichen Schuldner über (str.; OLG 31, 128). Bewirkt nicht der Grundstückseigentümer oder der von diesem verschiedene persönliche Schuldner, sondern ein Dritter die Zahlung von Zinsrückständen, so erlischt gemäß §§ 267, 362 in der Regel die Zinsforderung und die Hypothek dafür, so daß ein Übergang auf den Dritten nicht stattfindet (**RG** 94, 90; 100, 157). Das gilt auch von einem Nießbraucher, der nach § 1047 rückständige Hypothekenzinsen bezahlt, da er damit keine eigene Schuld, sondern eine Schuld des Eigentümers bezahlt (**RG** 100, 157). Wenn jedoch der Dritte mit dem Willen zahlt, die Forderung für sich zu erwerben, und der Hypothekengläubiger die Forderung an ihn überträgt (§ 1159), so geht die Forderung nebst der Hypothek dafür (§ 1153 Abs 1) auf ihn über. Tritt der Hypothekengläubiger auf Grund eines schuldrechtlichen Vertrags mit dem Grundstückseigentümer die Hypothek an einen Dritten ab, so stellt die Zahlung des Dritten an den Hypothekengläubiger keine Tilgung der gesicherten Foderung, sondern die Leistung des Abtretungsentgelts dar. Die Hypothek für Zinsrückstände bleibt also bestehen und geht, soweit sie von der Abtretung umfaßt wird, auf den Dritten über (**RG** HRR 1931 Nr 833). In solchen Übertragungsfällen erwirbt der Dritte die Forderung und die Hypothek auch dann, wenn er Nießbraucher des Grundstücks ist und die Zahlung aus Einkünften des Grundstücks leistet. Denn er ist zwar nach § 1047 dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, die Zinsen einer Hypothek, die bereits zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf dem Grundstück lastete, zu bezahlen; ihm gebühren aber die Nutzungen des Grundstücks (§ 1030), und er hat darüber freie Verfügung, so daß er sie auch zum Erwerb der Zinsrückständeforderung verwenden kann (**RG** 100, 157). Nimmt der Hypothekengläubiger eine solche mit dem Ausdruck des Willens des Erwerbs geleistete Zahlung an, so liegt ihm auch die Übertragung ob; denn er hat kein Recht darauf, daß der Nießbraucher aus den Einkünften für den Eigentümer zahlt (**RG** 100, 158). Im Zwangsversteigerungsverfahren über das Grundstück können nachstehende Hypothekengläubiger den auf die Zinsrückstände entfallenen Versteigerungserlös nicht für ihre Hypotheken in Anspruch nehmen, da auch dann, wenn der Nießbraucher die Zinsrückstände nicht bezahlt hätte, die Hypothek dafür ihnen vorgehen würde (**RG** 100, 158).

4. Ein den Eintritt des Erlöschens der Hypothek hinderndes Recht eines Dritten an dem Anspruch auf rückständige Zinsen usw. oder auf Kosten ist z. B. ein Nießbrauchsrecht oder ein Pfandrecht. Die Hypothek für diese Forderungen bleibt, solange das Recht des Dritten besteht, trotz ihrer Vereinigung mit dem Eigentum bestehen, und zwar für den Eigentümer. Hört das Recht auf (z. B. der Nießbrauch nach § 1061 oder §§ 1063, 1064 mit 1068, 1072; das Pfandrecht nach §§ 1252 ff. mit §§ 1273, 1278), so erlischt das hypothekarische Recht des Eigentümers ohne weiteres. Wenn der Verwalter im Konkurse des Eigentümers den Hypothekengläubiger befriedigt, geht die Hypothek für das Kapital auf den Gemeinschuldner über; die Hypothek für rückständige Zinsen und Kosten aber erlischt. Weder der Verwalter, auf den nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bezüglich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens des Gemeinschuldners (nach § 6 KO) übergegangen ist, noch die Konkursgläubiger, denen ein Pfandrecht an der Konkursmasse nicht zusteht, haben ein das Erlöschen der Zinsen- und Kostenhypothek hinderndes Recht im Sinne des Abs 1 Satz 2 (OLG 9, 378).

5. Da die Rückstände von Zinsen usw. und die Kosten des Abs 1 aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind (A 1, 2), eine Eintragung des Verzichts sowie eine Verzichtserklärung gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 1168 Abs 2 also nicht in Betracht kommen kann, so bestimmt Abs 2 Satz 1, abweichend von § 1168 Abs 2 (RJA 12, 149), daß **zum Verzicht auf die Hypothek für diese Leistungen die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer genügt.** Die Erklärung bedarf keiner Form. Die Wirkung des Verzichts ist nach § 1168 Abs 1 die, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt. Das hat aber nach § 1178 Abs 1 Satz 1 zur Folge, daß die Hypothek erlischt ohne daß es der Löschung im Grundbuch bedarf. **Solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht** (A 4), ist indessen **die Zustimmung des Dritten** zu dem Verzicht des Gläubigers **erforderlich.** Da auch hier eine Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt nicht in Betracht kommen kann, bestimmt Abs 2 Satz 3, abweichend von § 876 Satz 3, **daß die Zustimmung demjenigen gegenüber zu erklären ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt.** Nach § 183 würde die vor dem Verzicht abgegebene Zustimmungserklärung noch bis zur Verzichtserklärung widerruflich sein. Um dies auszuschließen, wird im Abs 2 Satz 3 **die Zustimmung** für **unwiderruflich** erklärt. Die Unwiderruflichkeit der Verzichtserklärung versteht sich von selbst (§ 130 Abs 1). — Ein Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek für Zinsen usw. oder Kosten, die nicht unter Abs 1 Satz 2 fallen (A 1, 2), bedarf nach der Regel des § 1168 Abs 2 der Eintragung (z. B. ein Verzicht auf das Zinsrecht). Hier wird es sich in Wirklichkeit aber meistens nicht um einen Verzicht, sondern um die teilweise Aufhebung der Hypothek handeln (über den Unterschied § 1168 A 1), so z. B. im Falle der Herabsetzung des Zinsfußes (§ 1119 A 3). Dann kommen die Vorschriften der §§ 875, 1183 zur Anwendung (RG 72, 365; RJA 4, 168; OLG 10, 89; HRR 1932 Nr 1657; 1933 Nr 1012).

§ 1179

Verpflichtet sich [1]) der Eigentümer [2]) einem anderen gegenüber [3]), die Hypothek [4]) löschen zu lassen [5]), wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt [6]), so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung [5]) eine Vormerkung [7]) in das Grundbuch eingetragen werden [8]).

E II 1086; P 3 605 ff.

1. Aus den Worten **„verpflichtet sich"** folgt, daß die Verpflichtung des Eigentümers stets durch Vertrag begründet sein muß. Ist dem Eigentümer z. B. bei einer Zuwendung durch letztwillige Verfügung eine solche Verpflichtung zugunsten eines Dritten auferlegt, so kann nicht unmittelbar auf Grund der letztwilligen Verfügung eine Vormerkung eingetragen werden, vielmehr muß der Eigentümer zuvor in Erfüllung der Anordnung sich dem Begünstigten gegenüber vertraglich verpflichten (str.). Der Vertrag bedarf keiner Form. Er kann sowohl bei der Bestellung der Hypothek als auch später (z. B. wenn bei der Veräußerung des Grundstücks oder bei der Übertragung eines Nachlaßgrundstücks an einen der Miterben eine nachstehende Hypothek eingetragen wird: Prot 3, 606) geschlossen werden.

2. Der **Eigentümer** als solcher muß der sich Verpflichtende sein. Ist die Hypothek auf ihn bereits übergegangen, so kommt er nicht mehr als Eigentümer, sondern als Gläubiger in Betracht. Dann greift nicht die Sondervorschrift des § 1179, sondern § 883 Platz, so daß bei der Hypothek Vormerkungen einer jeden, in den Rahmen dieser Regelvorschrift fallenden Art (z. B. für den Anspruch auf bedingte Aufhebung, auf Übertragung, Belastung, Rangänderung) zulässig sind. Die Bedeutung des § 1179 besteht gerade darin, daß die Eintragung einer Vormerkung (auf Löschung) gegen den Eigentümer zugelassen wird, obwohl ihm ein Recht an der von der Vormerkung betroffenen Hypothek noch nicht zusteht (Prot 3, 607; RJA 3, 131; A 4, 5).

3. Die Verpflichtung wird **einem andern gegenüber** nicht nur dann übernommen, wenn der Begünstigte, wie das in der Regel der Fall sein wird, ein gleich- oder nachstehender Hypothekengläubiger ist. Nach dem allgemeinen Wortlaut des Gesetzes ist der Vorschrift des § 1179

vielmehr auch dann genügt, wenn die Verpflichtung zugunsten desjenigen eingegangen wird, der ein nachstehendes Recht am Grundstück erst erwerben will (RJA 3, 129), oder sogar zugunsten eines Dritten, der am Grundstück überhaupt nicht dinglich berechtigt ist oder berechtigt werden soll (RG 63, 154; JW 1932, 1550[3]; RJA 3, 129; 7, 143; KGJ 52, 279). Ferner kann der Begünstigte auch der Gläubiger der von der Verpflichtung betroffenen Hypothek selbst sein. Denn daß der „andere" nicht nur ein anderer als der Eigentümer, sondern auch ein anderer als der Hypothekengläubiger sein muß, ist nach der Fassung des Gesetzes nicht anzunehmen. Auch der Gläubiger der Hypothek kann aber ein Interesse an der Löschungsvormerkung haben, z. B. im Falle des teilweisen Erlöschens der Hypothekenforderung (RG 52, 8; RJA 11, 73; 11, 146; SeuffA 58 Nr 143; KGJ 42, 316; OLG 26, 165). Streitig ist, ob eine Löschungsvormerkung auch zugunsten des „jeweiligen" Gläubigers einer (nachstehenden) Hypothek zulässig ist. Diese Frage, für deren Entscheidung nicht die Grundsätze des Sachenrechts, sondern die des Rechts der Schuldverhältnisse maßgebend sind, ist unter Berücksichtigung der §§ 328 ff. und in Anbetracht der Vertragsfreiheit auf dem Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse in dem Sinne zu bejahen, daß der gegenwärtige Hypothekengläubiger mit dem Eigentümer rechtswirksam vereinbaren kann, der Löschungsanspruch solle zunächst ihm zustehen, für den Fall aber, daß die Hypothek auf einen andern übergehe und dann der Anspruch noch nicht inzwischen durch eine Verfügung des jeweils Berechtigten erloschen sei, für den andern ausschließlich und aus eigenem Recht gegeben sein (RG Gruch 54, 1026; RJA 7, 142; vgl. auch RG 63, 152). So aufgefaßt ist durch die Vereinbarung nicht etwa die Hypothek als die Anspruchsberechtigte bestimmt, so daß die Unzulässigkeit der Begründung eines subjektiv-dinglichen Anspruchs einzuwenden wäre (RJA 7, 68), sondern der Dritte, der durch das Gläubigerrecht an der Hypothek bestimmt wird, ist der Anspruchsberechtigte deswegen, weil die Vereinbarung im voraus auch zu seinen Gunsten getroffen worden ist (vgl. § 883 A 2 Abs 5). Ergibt sich dieser Inhalt der Vereinbarung aus der Eintragungsbewilligung, so dürfen wegen der Bezeichnung des jeweils Berechtigten keine übertriebenen Anforderungen an die Bewilligung gestellt werden (HRR 1933 Nr 200). — Der Anspruch hat einen Vermögenswert und ist seiner Natur nach nicht an die Person des Berechtigten gebunden. Er kann daher mit der Vormerkung auch auf einen andern übertragen werden (RG 52, 11; RJA 7, 145). Ist der Gläubiger einer Hypothek der Berechtigte, so wird im Falle der Übertragung der Hypothek, wenn auch die Löschungsvormerkung kein Nebenrecht der Hypothekenforderung im Sinne des § 401 ist, doch die Mitübertragung der Rechte aus der Vormerkung als gewollt und stillschweigend erklärt anzusehen sein, sofern nicht ein ausdrücklicher Vorbehalt gemacht worden ist (RJA 7, 145; KGJ 43, 256; OLG 26, 169). Räumt dagegen der zugleich aus der Vormerkung berechtigte Hypothekengläubiger einer andern Hypothek vor seiner Hypothek den Vorrang ein, so ist daraus allein ohne ausdrückliche Erklärung nicht die Abtretung der Rechte aus der Vormerkung an den andern Hypothekengläubiger zu entnehmen. Denn regelmäßig wird es nicht im Willen des vormerkungsberechtigten Hypothekengläubigers liegen, außer seiner besseren Rangstellung auch noch seine Rechte aus der Vormerkung zugunsten des andern Hypothekengläubigers aufzugeben (OLG 26, 169). — Nur für natürliche oder juristische Personen kann eine Löschungsvormerkung eingetragen werden, daher nicht für eine Behörde (z. B. eine Fideikommißbehörde), die als solche keine juristische Persönlichkeit hat (OLG 36, 168).

4. Nur bei einer **Hypothek** (und einer Grundschuld: § 1192 A 1 Abs 2) läßt das Gesetz die Löschungsvormerkung zu. Über ihre Zulässigkeit auch bei Hypotheken für Schuldverschreibungen auf den Inhaber vgl. § 1187 A 2. Auf andere Rechte findet die Sonderbestimmung des § 1179 keine Anwendung. Ein Anspruch auf ihre Löschung (Aufhebung) kann nur nach Maßgabe der Regelvorschrift des § 883 durch Vormerkung gesichert werden (OLG 6, 124). Eine Vormerkung (z. B. auf Einräumung einer Hypothek) fällt nicht einmal unter diese Regelvorschrift, da sie überhaupt kein Recht am Grundstück ist (OLG 6, 123; § 883 A 8). Die Hypothek muß ferner schon bestehen oder doch gleichzeitig mit der Eintragung der Vormerkung bestellt werden (A 1; KGJ 23 A 154). Eine erst künftig einzutragende Hypothek ist keine „Hypothek". Daß ein Anspruch auf Löschung gegen den Eigentümer durch Vormerkung gesichert werden kann, obwohl dem Eigentümer noch kein Recht an der Hypothek zusteht, ist eine Ausnahmebestimmung (A 2, 5), die nicht auf einen Fall ausgedehnt werden darf, in dem die Hypothek überhaupt noch nicht eingetragen ist (KGJ 23 A 154). Auf eine einzelne Hypothek braucht die Löschungsvormerkung nicht beschränkt zu sein. Vielmehr kann sie auch bezüglich mehrerer oder aller eingetragenen Hypotheken gleichzeitig begründet werden. Für Hypotheken des früheren Rechts und für die Übergangszeit vgl. Artt 192, 194 EG und KGJ 20 A 206; 23 A 146.

5. Der Eigentümer muß sich verpflichtet haben, die Hypothek **löschen zu lassen.** Nur für den Anspruch auf Löschung gestattet § 1179 die Eintragung einer Vormerkung. Die Vorschrift betrifft nicht etwa nur einen im Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen besonders hervorgehobenen Fall des § 883, sondern ist, wie bereits in A 2, 4 bemerkt ist, eine Ausnahme von der Regelvorschrift des § 883 insofern, als sie die Eintragung einer Vormerkung unter Voraussetzungen zuläßt, die nach § 883 eine solche Eintragung nicht rechtfertigen würden (str.; RG 72, 277; 84, 81; 97, 227; a. M. RJA 3, 129; 8, 156; KGJ 26 A 161; 33 A 284; OLG 10, 245). Insbesondere ist der An-

spruch auf Löschung kein künftiger oder bedingter Anspruch auf Aufhebung der Hypothek im Sinne des § 883 Abs 1 (str.; RG 84, 81; a. M. KGJ 33 A 284). Ein solcher Anspruch kann nur dann gegeben sein, wenn die Hypothek, auf deren Aufhebung der Anspruch künftig oder bedingt bestehen soll, bereits dem Verpflichteten zusteht. Denn § 883 Abs 1 erfordert, daß der zu sichernde Anspruch, mag er auch ein zukünftiger oder bedingter sein, ein Recht am Grundstück, also ein für den Verpflichteten bestehendes Recht am Grundstück betrifft (RG 84, 81; RJA 13, 152; OLG 15, 333; KGJ 45, 270; § 1163 A 3). Demnach ist aus dem lediglich einen Löschungsanspruch betreffenden § 1179 nichts dafür zu entnehmen, daß auch andere auf eine Hypothek gerichtete Ansprüche gegen den Eigentümer, schon bevor er die Hypothek erlangt hat, nach § 883 (der allein in Frage kommen kann) durch Vormerkung gesichert werden können. Vielmehr sind solche Ansprüche (z. B. auf Abtretung, Änderung des Inhalts, Belastung mit einem Pfandrecht, Unterlegung einer andern Forderung für den Fall der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum) von der Vormerkungssicherung ausgeschlossen (RG 72, 274; 84, 81; Warn 1908 Nr 272; Gruch 53, 1123; KGJ 45, 270). Fraglich ist, ob § 1179 (im Gegensatz zu § 883) nicht wenigstens im Falle eines Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs, insbesondere zugunsten einer Nachhypothek, entsprechend anzuwenden sei, weil es sich dabei um teilweise Löschung handle (RG 72, 277). Jedoch ist auch dies zu verneinen, da die Rangänderung einer Inhaltsänderung oder einer Übertragung näher steht als einer Löschung (§ 880 A 2) und die Wirkungen, namentlich beim Vorhandensein von Zwischenrechten, wesentlich andere sind (§ 880 A 2). So führt z. B. die Erfüllung des gesicherten Anspruchs bei der Löschungsvormerkung zur Beseitigung der betroffenen (künftigen) Eigentümergrundschuld aus dem Grundbuch, während sie bei einer Rangrücktrittsvormerkung nur die Änderung des Ranges der Eigentümergrundschuld zur Folge haben würde. Im Falle der zwangsweisen Versteigerung des belasteten Grundstücks gebührt der auf die Eigentümergrundschuld entfallende Versteigerungserlös dem aus einer Löschungsvormerkung für eine nachstehende Hypothek Berechtigten nur insoweit, als er nicht zur Deckung von Zwischenrechten erforderlich ist, während der aus einer Rangrücktrittsvormerkung Berechtigte an der Stelle der Eigentümergrundschuld den Erlös für sich beanspruchen könnte (RG 84, 78; a. M. RJA 13, 152). An sich ist jedoch nach dem das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit in allen solchen Fällen die Begründung eines Anspruchs gegen den Eigentümer zulässig, obwohl er noch nicht Gläubiger der Hypothek ist. Kann aber dieser Anspruch durch Vormerkung nicht gesichert werden oder ist er trotz Zulässigkeit einer Sicherung nach § 1179 nicht gesichert worden, so hat er nur im Verhältnisse zwischen den Vertragschließenden (schuldrechtliche), nicht auch gegenüber Dritten (dingliche) Wirkung (RG Gruch 54, 160). Wird über das Vermögen des Verpflichteten der Konkurs eröffnet, nachdem die Hypothek auf ihn übergegangen ist, so ist der Konkursverwalter trotz des schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Gemeinschuldner berechtigt (und den Konkursgläubigern gegenüber verpflichtet), im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks den auf die Hypothek (Eigentümergrundschuld) von dem Versteigerungserlöse entfallenden Betrag für die Konkursmasse zu erheben. Der Anspruchsberechtigte kann (z. B. im Falle eines Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs oder auf Unterlegung einer andern Forderung) nur eine Konkursforderung gemäß §§ 3, 69 KO (z. B. wegen seines Ausfalls infolge der Vorwegnahme des Erlöses) gegen die Konkursmasse geltend machen, da weder ein Aussonderungsanspruch (§ 43 KO) noch ein Masseanspruch (§ 59 KO) in Frage kommt und auch eine Vormerkung (§ 24 KO) nicht eingetragen ist (RG Warn 1908 Nr 272; Gruch 53, 1123). Vom Reichsgericht wird jedoch in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß im Falle der Verpflichtung zur Löschung der Eigentümer auf die Hypothek zugunsten des Berechtigten endgültig verzichte (RG 19, 59; 52, 5; Gruch 44, 1214; 52, 1075; JW 1906, 424[9]; Warn 1908 Nr 237; SeuffA 61 Nr 176; OLG 12, 134; vgl. RG Gruch 54, 161), daß im Falle der Verpflichtung zur Einräumung des Vorrangs dem Berechtigten der Vorrang endgültig zustehe (RG Gruch 31, 404; 52, 1075; 5. 6. 1907 V 437/06; 2. 10. 1907 V 119/07) und daß der Konkursverwalter dies gelten lassen müsse, auch wenn die Verpflichtung formlos (vgl. bezüglich des Verzichts §§ 1168 oder 875, bezüglich der Vorrangseinräumung § 880 Abs 2) übernommen und eine Vormerkung (§ 24 KO) nicht eingetragen ist. In RG 134, 257 wird auf diese streitige Frage nicht eingegangen. Hier ist aber der Nachlaßkonkursverwalter nicht für befugt erachtet, für die Konkursmasse Eigentümergrundschulden der Erben (Gemeinschuldner) in Anspruch zu nehmen, die aus früheren Hypotheken dadurch entstanden sind, daß ein neuer Hypothekengläubiger mit einem von ihm zur ersten Stelle gewährten neuen Hypothekendarlehn die vorgehenden Hypotheken abgelöst hatte. Dem ist beizustimmen. Denn der neue Hypothekengläubiger hatte es übernommen, die alten Hypothekenforderungen für die Erben (Gemeinschuldner) mit Mitteln zu tilgen, die er ihnen zu diesem Zweck zur Verfügung stellte, und die Erben hatten zuvor versprochen, die alten Hypotheken löschen zu lassen. Bei dieser Sachlage waren die Grundschulden, welche der neue Hypothekengläubiger den Erben verschaffte, ihnen anvertraut wie fremdes Gut, worüber sie gemäß der Weisung des neuen Hypothekengläubigers nur zu dessen Vorteil durch Löschung verfügen durften. Der neue Hypothekengläubiger kann in solchem Falle mit Recht der Verwertung der Eigentümergrundschulden für die Konkursmasse widersprechen. Die Eigentümergrundschulden sind zu löschen.

6. Die Verpflichtung zur Löschung muß **für den Fall der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person** übernommen sein. Verpflichtet sich der Eigentümer zur Löschung für einen andern Fall (z. B. für den Fall, daß er nach Veräußerung des Grundstücks die Hypothek als persönlicher Schuldner für einen Ersatzanspruch gemäß § 1164 erlangt oder daß ein Dritter sie erwirbt) oder ohne jede Rücksicht auf den Fall der Vereinigung, so kann der Anspruch auf Löschung weder nach § 1179 (RJA 3, 131; OLG 10, 425) noch nach § 883 (A 5) durch Vormerkung gesichert werden. — Die Löschungsvormerkung braucht sich nicht notwendig auf die ganze Hypothek zu erstrecken, sondern kann von vornherein auf bestimmte einzelne Teile (z. B. auf die Hypothek für Nebenleistungen) beschränkt sein (KGJ 49, 221). Die Fälle, in denen die Hypothek als Grundschuld oder als wirkliche Hypothek (mit der Forderung) sich mit dem Eigentum vereinigt, sind besprochen in § 1177 A 2, 5. Auch der Fall des § 1163 Abs 1 Satz 1 (Nichtentstehung der Forderung) kann dazu gehören, obwohl eine „Verpflichtung zur Löschung, wenn sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt", ihrem Wortlaut nach einen erst künftig eintretenden Tatbestand zur Voraussetzung zu haben scheint, während das Nichtbestehen der Hypothekenforderung ein bereits gegenwärtig gegebener Sachverhalt ist (RG 52, 9; 84, 85; 93, 116; 125, 136; Gruch 59, 371; JW 1908, 275[11]; Warn 1911 Nr 124, 184, 193, 379; 1912 Nr 393; KGJ 26 A 163; RJA 8, 154; OLG 10, 425). In solchem Falle tritt bei einer Höchstbetragshypothek für künftige Forderungen (§ 1190) die den Vormerkungsberechtigten zur Ausübung seines Rechts auf Löschung berechtigende Vereinigung erst ein, wenn und soweit festgestellt wird, daß eine Forderung nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen kann (RG 125, 136; § 1190 A 1). Die Vormerkung kann alle Fälle der Vereinigung von Hypothek und Eigentum umfassen oder auf einen oder einzelne von ihnen beschränkt sein. Inwieweit jenes oder dieses zutrifft, ist Sache der Auslegung (RG JW 1908, 275[11]; Gruch 59, 371). Bei Baugeldhypotheken wird die Forderung regelmäßig erst durch Zahlungen des Baugeldgebers je nach dem Fortschreiten des Baus zur Entstehung gebracht und deshalb in der Regel anzunehmen sein, daß eine gleichzeitig oder bald nachher eingetragene Löschungsvormerkung auch den Fall der Nichtentstehung der Forderung erfassen soll (RG Warn 1911 Nr 193; 1912 Nr 393; Gruch 59, 371; A 7). Ist dagegen die Hypothek für ein gewöhnliches Darlehn bestellt und in der Eintragungsbewilligung der Empfang des Darlehns anerkannt, auch gar noch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung für gewisse Fälle erklärt, so kann die Auslegung sehr wohl gerechtfertigt sein, die Vormerkungseintragung habe nicht für jeden Dritten erkennbar die Bedeutung, daß auch ein Anspruch auf Löschung wegen Nichtentstehung der Forderung durch die Vormerkung gesichert sein soll (RG Gruch 59, 371). Für Dritte, welche die Hypothek rechtsgeschäftlich erworben haben und dann von dem Vormerkungsberechtigten nach Maßgabe der §§ 883 Abs 2, 888 auf Bewilligung der Löschung in Anspruch genommen werden (A 7), ist in dieser Hinsicht allein der Eintragungsvermerk nebst der Eintragungsbewilligung maßgebend. Ergibt sich daraus nicht, daß auch ein Anspruch auf Löschung wegen Nichtentstehung der Forderung gesichert ist, so kann ein solcher Anspruch gegen sie nicht geltend gemacht werden, auch wenn der Vormerkungsberechtigte gegen den Eigentümer nach der mit diesem getroffenen Abrede einen derartigen Anspruch hätte und ihnen dies bekannt gewesen wäre. Denn zur Wirksamkeit der Vormerkung gegenüber dritten Erwerbern ist erforderlich, daß der zu sichernde Anspruch in dem Eintragungsvermerk selbst oder durch Bezugnahme auf die ihn enthaltende Eintragungsbewilligung zur Eintragung gebracht worden ist (RG Warn 1914 Nr 321).

7. Da § 1179 von einer Sicherung des Löschungsanspruchs durch **Vormerkung** spricht, finden auf das Wesen dieser Vormerkung (z. B. auf die Unmöglichkeit, einen Widerspruch gegen sie einzutragen: JFG 7, 243) und auf ihre **Wirkungen** die §§ 883ff. Anwendung, obwohl diese Vorschriften zunächst nur die regelmäßige Vormerkung (A 5) betreffen (RG JW 1908, 275[11]; Warn 1908 Nr 642; 1911 Nr 124, 193: Gruch 54, 1025; RJA 8, 156; OLG 14, 118; 39, 259). Von Bedeutung sind diese Wirkungen hauptsächlich im Verhältnis zu Dritten. Der Eigentümer (der die Löschungsverpflichtung übernommen hat) ist, sobald die Vereinigung eintritt, auf Grund des Vertrags dem Berechtigten gegenüber zur Herbeiführung der Löschung verpflichtet (RG 52, 5; 63, 152; 84, 82; KGJ 42, 316; OLG 26, 170). Auch im Falle der Vereinigung nur eines Teiles der Hypothek (z. B. bei teilweiser Nichtentstehung oder teilweisem Erlöschen der Forderung) muß er den Teil löschen lassen, mag auch die Vormerkung nicht auf diesen Teil beschränkt sein (A 6), sondern sich auf die ganze Hypothek erstrecken. Im Falle einer mit einer Löschungsvormerkung belasteten Höchstbetragshypothek, die auch zur Sicherung künftig aus einem Kreditverhältnis entstehender Forderungen bestellt ist (§ 1190), tritt die Löschungspflicht des Eigentümers ein, wenn und soweit festgestellt ist, daß eine Forderung nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen kann (RG 125, 136; A 6; § 1190 A 1). Ist ein nachstehender Hypothekengläubiger der Vormerkungsberechtigte, so braucht der Verpflichtete (Eigentümer) seine Verpflichtung nicht durch Einräumung des Vorrangs der Hypothek des Berechtigten vor der Eigentümergrundschuld zu erfüllen, da seine Verpflichtung nur auf Löschung geht und er auch im Falle des Bestehens von Zwischenrechten den Berechtigten durch Vorrangseinräumung besser stellen könnte (RG 84, 83). Anderseits braucht der Berechtigte

sich mit der Vorrangseinräumung nicht zu begnügen, da sein Recht die Löschung zum Inhalt hat (RG 84, 82). Besteht die nachstehende Hypothek des Berechtigten zu einem geringeren Betrage als die Eigentümergrundschuld, so kann es sich fragen, ob der Berechtigte die Löschung der ganzen Eigentümergrundschuld verlangen kann oder nur Löschung in Höhe der Summe seines Hypothekenkapitals und aller Nebenverbindlichkeiten (RG 63, 155; 84, 83). Wenn die unbeschränkte Löschungsverpflichtung übernommen ist und kein anderer Wille der bei der Verpflichtungsübernahme Beteiligten erhellt, ist ersteres anzunehmen, da der Berechtigte zur Verbesserung der Sicherheit seiner Hypothek ein Interesse an der Beseitigung der ganzen vorgehenden Eigentümergrundschuld hat (RG 63, 158). — Durch die Vormerkung wird der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer (als Hypothek oder Grundschuld) nicht gehindert; er tritt, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, trotz der Vormerkung kraft Gesetzes ein (RG 57, 211; Gruch 52, 1070; SeuffA 64, 456; 65, 411; KJA 8, 156; 15, 163; OLG 26, 166). Auch die Verfügung über die erlangte Hypothek ist dem Eigentümer nicht entzogen, während er vor Erlangung der Hypothek nicht über sie verfügen konnte (§ 1163 A 3). Wie jedem anderen Berechtigten, bei dessen Recht eine Vormerkung gemäß § 883 eingetragen ist, so steht auch dem Eigentümer an sich die Verfügung über das erlangte Recht zu, da die Vormerkung nur zum Schutz des Vormerkungsberechtigten dient (§ 883 A 11; KJA 8, 154; 11, 242; 15, 163; OLG 26 S. 165, 166, 169; 39, 259; JFG 7, 243). Der Eigentümer kann also die auf ihn übergegangene Hypothek (Grundschuld) trotz der Vormerkung z. B. auf seinen Namen umschreiben lassen, an einen Dritten übertragen, mit einem Pfandrecht belasten, im Range gegenüber einem andern Recht nachsetzen. Ebenso ist eine Pfändung der Hypothek (Grundschuld) durch seine Gläubiger zulässig und eintragbar (KJA 8, 154; OLG 39, 259). Das alles gilt aber nur, solange noch nicht der Vormerkungsberechtigte von seinem Löschungsanspruch Gebrauch gemacht hat und die Löschung erfolgt ist (OLG 39, 259). Eine Verfügung in diesem Sinne ist auch gegeben, wenn der Eigentümer zur Ersetzung der Hypothekenforderung durch eine andere (§ 1180) oder zur Umwandlung einer Sicherungs- (Höchstbetrags-) Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek (§ 1186; § 1190 A 1) seine Zustimmung erteilt (KJA 11, 242; A 5; § 1186 A 2). Das Grundbuchamt darf die Eintragung der Verfügung nicht ablehnen, auch wenn der Vormerkungsberechtigte nicht zustimmt, da die Verfügung durch nachträgliche Genehmigung des Vormerkungsberechtigten voll wirksam werden kann (KJA 8, 157; 15, 163; OLG 26, 166). Genehmigt dieser aber die Verfügung nicht, so ist sie gemäß § 883 Abs 2 ihm gegenüber unwirksam (wegen der Ersetzung der Hypothekenforderung durch eine andere RG Warn 1914 Nr 76). Der Vormerkungsberechtigte kann nach § 888 von dem Dritten, der ein Recht an der Hypothek (Grundschuld) des Eigentümers erlangt hat, die Zustimmung zu der Löschung verlangen (KJA 15, 163). Dieses Verlangen ist z. B. begründet, wenn im Falle einer mit Löschungsvormerkung belasteten, zur Sicherung von Forderungen aus einem Kreditverhältnis bestellten Höchstbetragshypothek nach Feststellung, daß ein Teil nicht forderungsbekleidet, also zur endgültigen Eigentümergrundschuld geworden ist (§ 1190 A 1), dieser Teil nach § 1198 in eine Hypothek für einen neuen Gläubiger (Abtretungsempfänger) umgewandelt oder wenn nach § 1180 oder § 1198 bestimmt wird, daß der Teil nunmehr zur Sicherung der für einen neuen Gläubiger aus dessen Kreditverhältnis zum Eigentümer entstehenden Forderungen dienen soll. Denn in beiden Fällen liegt eine Verfügung des löschungspflichtigen Eigentümers vor, durch die das Recht des Vormerkungsberechtigten beeinträchtigt wird (RG 125, 140; § 1180 A 1; § 1190 A 5). Das Zustimmungsverlangen des Vormerkungsberechtigten ist auch dann noch gerechtfertigt, wenn der verpflichtete Eigentümer das Grundstück veräußert hat und die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum erst in der Person des Erwerbers eintritt. Der Erwerber muß der Löschung zustimmen. Persönlich verpflichtet zur Herbeiführung der Löschung bleibt aber in allen Fällen der sich ursprünglich Verpflichtende (§ 888 A 1). — Umfaßt die Löschungsvormerkung den Fall der Nichtentstehung der Hypothekenforderung (A 6) und ist dies nach dem Inhalt des Grundbuchs für jedermann erkennbar (RG 93, 117; Warn 1914 Nr 321), so ist nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts der Vormerkungsberechtigte, namentlich wenn er ein im Range nachstehender Hypothekengläubiger ist, nicht nur gegen Verfügungen des Eigentümers über die Eigentümergrundschuld, sondern auch gegen Verfügungen des eingetragenen, aber wegen Nichtentstehung der Forderung nicht wahren Gläubigers über die Hypothek gemäß §§ 883 Abs 2, 888 geschützt (RG 93, 117; JW 1908, 275[11]; Warn 1911 Nr 124, 184, 193, 379; 1912 Nr 393). Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob der durch die Verfügung Erwerbende hinsichtlich des Bestehens und der Bedeutung der Vormerkung oder hinsichtlich des durch sie gesicherten Anspruchs auf Löschung in gutem oder bösem Glauben gewesen ist (RG 93, 118; Gruch 52, 1070; JW 1908, 275[11]; Warn 1911 Nr 124). Diese Rechtsprechung hat ihren gerechtfertigten Grund darin, daß der Löschungsanspruch des Vormerkungsberechtigten, wenn er nicht in dieser Weise geschützt wäre, durch Verfügungen des Buchgläubigers leicht vereitelt werden könnte. Zur Begründung des Ergebnisses sei aber bemerkt: Anspruchsverpflichteter ist, wie aus dem Wortlaut des § 1179 folgt, der Eigentümer. Wie ferner aus § 883 Abs 1, 2 sich ergibt, sind mit Unwirksamkeit gegenüber dem Vormerkungsberechtigten solche Verfügungen bedroht, die der Inhaber des Grundstücks oder des Rechts, das von der herbei-

zuführenden Rechtsänderung betroffen wird, seiner ihm dem Vormerkungsberechtigten gegenüber obliegenden Verpflichtung zuwider vornimmt. Auch kann die im § 883 Abs 2 Satz 2 gleichgestellte Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter nur eine Verfügung sein, die als von dem Anspruchsverpflichteten selbst vorgenommen gilt. Gegen Verfügungen eines andern, dem nach Lage der Sache die Möglichkeit zur Verfügung gegeben ist, richtet sich also die Wirkung der Vormerkung an sich nicht. Man kann die Löschungsvormerkung auch nicht zugleich als einen Widerspruch im Sinne des § 899 zugunsten des Vormerkungsberechtigten auffassen. Denn einerseits besteht für diesen kein dingliches Recht an der Hypothek außerhalb des Grundbuchs, das durch den Widerspruch gesichert werden könnte; andererseits könnte ein Widerspruch wegen Nichtentstehung der Forderung überhaupt nur für den Eigentümer gegen den Gläubiger gemäß §§ 1138, 899 oder § 1139 eingetragen werden. Falls indes der Eigentümer, wie häufig, namentlich wenn die Forderung erst durch einen Zessionar zur Entstehung gebracht werden soll (§ 1163 A 4), seine Einwilligung zu der Verfügung des als Gläubiger Eingetragenen gibt, ist hierin eine von ihm vorgenommene Verfügung über die wegen Nichtentstehung der Forderung ihm zustehende Eigentümergrundschuld zu erblicken, die nach § 883 Abs 2 gegenüber dem Vormerkungsberechtigten unwirksam ist. Weiter wird dem Erwerber, der die Hypothek von dem Buchgläubiger erlangt, häufig bekannt sein, daß die Forderung nicht entstanden und somit der Verfügende nicht wahrer Gläubiger ist. Besonders wird diese Kenntnis oft anzunehmen sein, wenn der Erwerber weiß, daß bei der Hypothek eine Löschungsvormerkung eingetragen ist, die den Fall der Nichtentstehung der Forderung umfaßt. Vornehmlich aber wird die Kenntnis ohne weiteres sich ergeben, wenn es sich um eine **Baugeldhypothek** handelt, also um eine Hypothek, deren Forderung erst durch Zahlung von Darlehen als Baugelder für einen Neubau an den Eigentümer je nach Fortschreiten des Baus zur Entstehung gebracht werden soll. Ist dem Erwerber beim Erwerb bekannt, daß er eine Baugeldhypothek erwirbt, bei der eine Löschungsvormerkung eingetragen ist, und ist die Forderung (ganz oder zum Teil) nicht zur Entstehung gelangt, so wird es in der Regel nicht noch eines (andern) Beweises für die Kenntnis der Nichtentstehung der Forderung bedürfen. Hat aber der Erwerber diese Kenntnis, so hat er durch die Verfügung des nicht wahren Gläubigers (mangels guten Glaubens: § 892) die Hypothek nicht erworben; vielmehr steht sie nach wie vor dem Eigentümer zu. Deshalb ist der Löschungsanspruch des Vormerkungsberechtigten auch gegen den Erwerber begründet. Der Löschungsanspruch wegen Nichtentstehung der Forderung ist jedoch, namentlich bei Baugeldhypotheken, **nicht sofort mit der Eintragung** der Vormerkung gegeben, sondern sinngemäß erst nach Abwicklung des Kreditverhältnisses und nachdem eine solche Sachlage eingetreten ist, daß eine Entstehung der Forderung nicht mehr zu erwarten ist (RG 27. 3. 1912 V 465/11; SeuffA 60 Nr 12, 135, 136). — Häufig ist bei **Baugeldhypotheken mit einer Löschungsvormerkung eine Vorrangseinräumung** verbunden, indem ein Hypothekengläubiger der Baugeldhypothek den Vorrang vor seiner Hypothek einräumt und zugleich eine Löschungsvormerkung für sich als Gläubiger seiner Hypothek eintragen läßt. Dabei wird oft an die Vorrangseinräumung die Bedingung geknüpft, daß die Forderung der Baugeldhypothek gemäß dem Baugeldvertrag zur Entstehung gebracht werde (§ 880 A 3; RG 86, 224; Warn 1913 Nr 353). Das Verhältnis zwischen Vormerkung und Vorrangseinräumung hinsichtlich der dem zurücktretenden Hypothekengläubiger zustehenden Rechte ist dann folgendes: Wenn die Darlehnsforderung auf irgendeine Weise zur Entstehung gebracht wird, so ist der zunächst bedingt bestehende Löschungsanspruch ausgeschlossen, sofern nicht auch für die Löschungsvormerkung in dieser Hinsicht besondere einschränkende Bestimmungen festgesetzt sind. Den Vorrang aber hat die Baugeldhypothek nur insoweit, als die Forderung gemäß dem Baugeldvertrage, insbesondere je nach Fortschreiten des Baues, zur Entstehung gebracht worden ist (§ 880 A 3; RG 27. 3. 1912 V 465/11; Warn 1913 Nr 353; a. M. OLG 26, 173). Letzteres gilt allerdings gegenüber einem dritten Erwerber der Baugeldhypothek nur dann, wenn die Bedingung für die Vorrangseinräumung sich aus dem Grundbuch ergibt oder dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs bekannt war (RG 76, 376; 27. 3. 1912 V 465/11; OLG 26, 174). War dem Gläubiger, der einen Bau auf dem Grundstück des Eigentümers ausführen sollte, als Bedingung der Sicherung der Baukostenforderung durch die Hypothek die vollständige Fertigstellung des Baues gesetzt, hat aber der Eigentümer den Eintritt der Bedingung durch Vorenthaltung der von einem Dritten gezahlten Baugelder wider Treu und Glauben vereitelt, so ist gemäß § 162 die Hypothekenforderung als in Höhe der Kosten des hergestellten Teiles des Baus zur Entstehung gelangt zu erachten (RG 93, 114). — Das geschilderte Verhältnis zwischen Vormerkung und Vorrangseinräumung ist besonders von Bedeutung, wenn im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Vormerkungsberechtigte den auf die Baugeldhypothek entfallenen baren Versteigerungserlös (zum Teil) für sich in Anspruch nimmt, teils auf Grund der Vormerkung, teils weil die Bedingung für die Vorrangseinräumung nicht erfüllt sei. Gelangt nämlich das Grundstück zur **Zwangsversteigerung, so darf der Eigentümer,** auf den die Hypothek als Grundschuld **übergegangen ist, den auf die Hypothek entfallenden Versteigerungserlös nicht für sich erheben, wenn die Vormerkung zugunsten eines nachstehenden Berechtigten eingetragen ist und dieser bei Erhebung des Erlösteils einen Ausfall**

erleiden würde. Vielmehr ist der Erlösteil zunächst auf die etwaigen Zwischenberechtigten und den Vormerkungsberechtigten nach Maßgabe ihrer Rangverhältnisse zu verteilen (RG 57, 209; 63, 152; 84, 83; 93, 118; 125, 137; Gruch 52, 1070; 54, 1025; Warn 1908 Nr 642; 1911 Nr 124; OLG 26, 166). Voraussetzung dafür ist allerdings, daß der Vormerkungsberechtigte die Rechte aus der Vormerkung in dem Verteilungsverfahren geltend macht, insbesondere gegen die Zuweisung des Erlösteils an den Eigentümer Widerspruch erhebt (OLG 26, 166; Näheres unten). Gleiche Wirkung bei der Zuweisung des Erlösteils hat die Vormerkung weiter gemäß § 883 Abs 2 auch gegenüber solchen Dritten, die nach Eintragung der Vormerkung Rechte an der auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek erworben haben (RG 63, 152; JW 1908, 275[11]; Warn 1911 Nr 124, 379; Gruch 52, 1070; 54, 1027). Das gilt selbst dann, wenn sie beim Erwerb des Rechts hinsichtlich der Wirkung oder des Umfangs der Vormerkung in gutem Glauben gewesen sind (RG JW 1908, 275[11]; Warn 1911 Nr 124, 379). Denn hier sind lediglich die tatsächlichen Verhältnisse (z. B. inwieweit die Forderung nicht entstanden und daher die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist) sowie die (objektive) Bedeutung der Vormerkung (z. B. ob sie sich auf eine oder mehrere Hypotheken des Vormerkungsberechtigten bezieht) maßgebend (RG 63, 152; JW 1908, 275[11]). Ferner darf auch der Gläubiger der vorgehenden Hypothek, wenn und soweit die Bedingung für die Vorrangseinräumung nicht erfüllt ist, den auf die Hypothek entfallenden Versteigerungserlös nicht zum Nachteil des zurückgetretenen Gläubigers für sich in Anspruch nehmen, mag auch an sich die Hypothekenforderung zur Entstehung gebracht sein und eine (von der Löschungsvormerkung betroffene) Eigentümergrundschuld nicht bestehen. — Steht in der Zwangsversteigerung die mit der Vormerkung behaftete Hypothek im geringsten Gebot, so bleiben Hypothek und Vormerkung unverändert bei Bestand. In RJA 11, 73 ist allerdings angenommen, daß auch eine bei einer Hypothek, die in das geringste Gebot fällt, für den Gläubiger derselben Hypothek (A 3) eingetragene Vormerkung erlischt, wenn sie bei der Festsetzung des geringsten Gebots nicht besonders berücksichtigt ist. Dies ist aber nicht zutreffend, da mit der Hypothek auch der für den Fall ihrer Vereinigung mit dem Eigentum gegebene vorgemerkte Löschungsanspruch ohne weiteres bestehen bleibt. Fällt dagegen die Hypothek, bei der die Vormerkung eingetragen ist, nicht in das geringste Gebot, so erlischt nach § 91 ZVG mit der Hypothek auch die Vormerkung. Kraft des bestehenbleibenden schuldrechtlichen Löschungsanspruchs kann aber der Anspruchsgläubiger unter den bereits oben dargelegten Voraussetzungen Widerspruch erheben gegen die Zuweisung des Erlöses auf die ihm vorgehende Hypothek, die zu seinen Gunsten vormerkungsbehaftet war und mit dem Eigentum sich in einer Hand vereinigt hatte. Um diesen Widerspruch mit Erfolg zu erheben, braucht er nicht nachzuweisen, daß er bereits für seinen Löschungsanspruch ein Urteil gegen den Eigentümer erstritten oder daß dieser sich dem Anspruch durch eine freiwillige Erklärung unterworfen hätte (RG 125, 137). Dies alles gilt auch für eine Löschungsvormerkung bei einer Höchstbetragshypothek, die zur Sicherung künftig entstehender Forderungen bestellt ist, wenn und soweit feststeht, daß eine Forderung nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen kann, also insbesondere dann, wenn die nicht im geringsten Gebot stehende Hypothek durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen ist (§ 91 Abs 1 ZVG) und damit spätestens im Verteilungstermin die Möglichkeit aufhört, daß noch neue Forderungen aus dem gesicherten Rechtsverhältnis entstehen (RG 125, 136; § 1190 A 1). Wenn in einem solchen Falle die Löschungsvormerkung zugunsten des Gläubigers einer nachstehenden Hypothek bestellt ist und dieser Hypothek andere Hypotheken (oder Grundschulden) im Range gleichstehen, so nehmen die letztgenannten Hypotheken nicht in gleicher Weise wie die vormerkungsberechtigte Hypothek an der Zuweisung des Erlöses teil, der auf den nicht forderungsbekleideten Teil der vormerkungsbelasteten Hypothek entfällt. Zwar würden, wenn der Eigentümer diesen ihm als Grundschuld zustehenden Teil der belasteten Hypothek in Erfüllung seiner Löschungsverpflichtung vor der Zwangsversteigerung hätte löschen lassen, die der vormerkungsbegünstigten Hypothek im Range gleichstehenden Rechte gemeinschaftlich mit ihr vorgerückt sein. Das wäre aber lediglich eine Folge des durch die Löschung herbeigeführten Ausscheidens dieses Hypothekenteils aus dem Grundbuch gewesen. Ist die Löschung unterblieben und in der Zwangsversteigerung das Recht auf den Versteigerungserlös an die Stelle der durch den Zuschlag erloschenen vormerkungsbelasteten Hypothek getreten (§ 1168 A 1), so kann zwar der Vormerkungsberechtigte, wie oben dargelegt ist, kraft seines trotz des Zuschlags noch fortwirkenden schuldrechtlichen Löschungsanspruchs im Wege des Widerspruchs gegen den Teilungsplan verlangen, daß der Erlösteil, der auf die Eigentümer-Teilgrundschuld entfällt, so zugewiesen werde, wie wenn das Recht des Eigentümers auf den Erlös ihm gegenüber nicht bestände. Die im Range gleichstehenden, aber nicht durch Löschungsvormerkung geschützten Rechtsinhaber, die kein Recht zum Widerspruch haben, müssen dagegen den Teilungsplan mit dem ihnen vorgehenden Recht des Eigentümers auf den Erlösteil für die Eigentümer-Teilgrundschuld gegen sich gelten lassen, können also ihrerseits auf den Erlös nur insoweit Anspruch erheben, als er ihnen beim Bestehen des Rechts des Eigentümers nach ihrem Rangverhältnis (unter Berücksichtigung etwaiger Zwischenberechtigter) in gewöhnlicher Weise gebührt (RG 127, 282). — Über die Wirkungen der Löschungsvormerkung aus § 1179 im Falle des Kon-

kurses des Vormerkungsverpflichteten vgl. A 5. Nach § 984 ZPO ist der Vormerkungsberechtigte zum Aufgebot der Hypothek gemäß § 1170 antragsberechtigt.

8. Für die **Eintragung** der Vormerkung gilt das in § 885 A 1—3 Bemerkte. Danach ist insbesondere zur Vornahme der Eintragung eine in der Form des § 29 GBO erklärte Eintragungsbewilligung des Eigentümers oder eine gegen ihn gerichtete einstweilige Verfügung erforderlich. Aus der Eintragung muß sich der Umfang des Löschungsanspruchs ergeben (A 6). § 1179 kommt nicht als Ausnahme von § 40 GBO in Betracht. Nicht der zukünftige Gläubiger der Hypothek, sondern der gegenwärtige Eigentümer als solcher hat nach dem Gesetz die Vormerkung zu bewilligen. Dieser aber ist entweder eingetragen oder muß sich nach jener Ordnungsvorschrift als Eigentümer eintragen lassen. Ist die betroffene Hypothek eine Briefhypothek, so ist gemäß §§ 42, 62 GBO der Brief vorzulegen, da sich die Vormerkung gegen das hypothekarische Recht richtet, mag es auch später eine andere Gestalt gewinnen (KGJ 21 A 175; RJA 6, 164). Der Gläubiger der Hypothek ist allerdings, wenn nicht besondere Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Eigentümer bestehen, zur Vorlegung des Briefs nicht verpflichtet. Denn solange nicht die Hypothek (ganz oder zum Teil) auf den Eigentümer übergegangen ist, steht eine Berichtigung des Grundbuchs (durch Eintragung der Vormerkung) im Sinne von §§ 894ff. (vgl. §§ 1144, 1145) nicht in Frage (OLG 18, 181). Über die Erfüllung der Ordnungsvorschrift des § 44 GBO (Vorlegung der Urkunde) im Falle der Eintragung einer Löschungsvormerkung bei einer Hypothek für Schuldverschreibungen auf den Inhaber vgl. KGJ 50, 198. — Der Zustimmung des Hypothekengläubigers bedarf es zur Eintragung nicht, da sein Recht nicht durch die Vormerkung betroffen wird KGJ 26 A 161; 50, 200).

§ 1180

An die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann eine andere Forderung gesetzt werden [1]). Zu der Änderung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers [2]) sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich [3]); die Vorschriften des § 873 Abs 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung [4]).

Steht die Forderung, die an die Stelle der bisherigen Forderung treten soll, nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zu [1]), so ist dessen Zustimmung erforderlich; die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Die Vorschriften des § 875 Abs 2 und des § 876 finden entsprechende Anwendung [5]).

E II 1087; P 3 725; 6 245.

1. Um den Umweg zu ersparen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168) un dann der Eigentümer die hierdurch zur Entstehung gelangte Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs 1) wieder in eine Hypothek für eine andere Forderung umwandelt (§ 1198), bestimmt § 1180, daß **an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt werden kann.** Voraussetzung ist, daß die Hypothek rechtsgültig bestellt und daß sie eine wirkliche Hypothek ist (**RG** 139, 129). Eine nichtige Hypothek kann auch zur Sicherung einer andern Forderung nicht dienen. Einer Grundschuld, mag sie als solche bestellt oder aus einer Hypothek (als Eigentümergrundschuld) entstanden sein, kann eine Forderung nur in der Weise untergelegt werden, daß sie gemäß § 1198 in eine Hypothek umgewandelt wird (**RG** 48, 56; 121, 43; RJA 7, 153). Ist die Grundschuld eine Eigentümergrundschuld, so kann dies nur unter gleichzeitiger Abtretung an einen andern geschehen, da niemand eine Forderung gegen sich selbst begründen kann (RJA 3, 212; 7, 151; 7, 227). — Die Wirkung der Änderung besteht darin, daß die bisherige Forderung aus der hypothekarischen Sicherung ausscheidet und die neue Forderung in diese eintritt. Auf das Bestehen der ausscheidenden Forderung hat die Änderung keinen Einfluß. Sie kann dem bisherigen Gläubiger gegen den persönlichen Schuldner, auch wenn dieser zugleich der Eigentümer ist, erhalten bleiben, hat dann aber nur noch schuldrechtliche Bedeutung (KGJ 42, 268; OLG 41, 178). Das Fortbestehen der alten Forderung bildet also auch kein Hindernis, daß Zinsen der neuen Forderung für eine Zeit, in der noch Zinsen der alten Forderung rückständig sein können, in die hypothekarische Haftung einbezogen werden (KGJ 42, 268; OLG 41, 178). Da jedoch der Gläubiger durch die Einigung mit dem Eigentümer im Falle des Abs 1 oder durch die Zustimmung im Falle des Abs 2 auf die Hypothek für die bisherige Forderung verzichtet, kann der persönliche Schuldner nach Maßgabe des § 1165 frei werden, wenn er aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können. Bezüglich der neuen Forderung ist es so anzusehen, als ob die Hypothek von vornherein für sie und nur für sie bestellt worden wäre. Der Eigentümer kann also der dinglichen Klage fortan Einreden gemäß § 1137 nur noch aus dem neuen, nicht mehr aus dem früheren Schuldverhältnisse entgegensetzen. Erlischt die neue Forderung, so wird die

Hypothek gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 zur Eigentümergrundschuld, auch wenn die früher gesicherte Forderung noch besteht. Hinsichtlich des dinglichen Rechts (z. B. der Rechtsgültigkeit der Hypothek) gilt der neue Gläubiger als rechtsgeschäftlicher Erwerber, so daß ihm der Schutz des § 892 (nicht auch der des § 1138) zur Seite steht. — Aus Abs 2 folgt, daß im Wege des § 1180 nicht nur eine neue Forderung des bisherigen Gläubigers, sondern auch die Forderung eines neuen Gläubigers der Hypothek untergelegt werden kann. Einer Auswechselung von zwei Forderungen desselben Gläubigers steht nicht entgegen, daß die alte Forderung unbedingt war, die neue aber bedingt ist (JFG 7, 354). Wird die alte Forderung gegen die Forderung eines neuen Gläubigers ausgewechselt, so ist dieser Fall wohl zu unterscheiden von der Abtretung der Hypothek (RJA 7, 227). Während bei der Auswechselung die Hypothek als solche für die andere Forderung umgestaltet wird und in dieser Gestalt für den andern Gläubiger neu entsteht (Abs 1 erfordert deshalb auch Einigung des Gläubigers und des Eigentümers wie § 873 für die Bestellung der Hypothek), wird bei der Abtretung die Forderung mit der Hypothek unverändert auf den neuen Gläubiger übertragen, so daß lediglich ein Gläubigerwechsel stattfindet. Deshalb finden die Vorschriften des § 1154 (schriftliche Abtretungserklärung bei der Briefhypothek; Einigung über die Übertragung zwischen den beiden Gläubigern bei der Buchhypothek) auf die Unterlegung der Forderung eines neuen Gläubigers als solche keine Anwendung. Zur Auswechslung der Forderung des bisherigen Gläubigers mit der Forderung des neuen Gläubigers ist eine Abtretung der Hypothek an diesen überhaupt nicht erforderlich (str.; **RG** Warn 1908 Nr 272; KGJ 40, 271; 49, 226; OLG 26, 171; 41, 181). Wird bei einer solchen Auswechselung die Abtretung an den neuen Gläubiger nicht erklärt, so ist die nach Abs 2 erforderliche Zustimmung des bisherigen Gläubigers als ein dem Eigentümer das Verfügungsrecht zuweisender Verzicht auf die Hypothek anzusehen (OLG 26, 171). Da jedoch die Hypothek die Gestaltung als Hypothek für die Forderung des andern Gläubigers neu gewinnt, müssen die Vorschriften des § 1163 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und des § 1117 zur Anwendung kommen. Ist die neue Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so steht die (Buch- oder Brief-) Hypothek (als Grundschuld: § 1177 Abs 1) dem Eigentümer zu. Dasselbe gilt bei der Briefhypothek bis zur Übergabe des Briefs an den neuen Gläubiger. Mithin ist zum Erwerb der Hypothek für die Forderung des neuen Gläubigers außer der Einigung zwischen diesem und dem Eigentümer (Abs 1) sowie der Zustimmung des bisherigen Gläubigers (Abs 2) die Entstehung der andern Forderung und bei der Briefhypothek die Übergabe des Briefs gemäß § 1117 erforderlich (str.; OLG 10, 87). Ist der Eigentümer selbst Gläubiger der Hypothek, hat er z. B. den früheren Hypothekengläubiger befriedigt, obwohl er nicht der persönliche Schuldner war, und ist deshalb die Hypothek nach §§ 1143 Abs 1 Satz 1, 1153 Abs 1 auf ihn als Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs 2) übergegangen, so wird in der Forderungsauswechslung für den neuen Gläubiger in der Regel zugleich eine Abtretung liegen. Dann ist auch eine Erklärung der Abtretung (bei Briefhypotheken in schriftlicher Form, die durch Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt wird: § 1154) erforderlich (KGJ 45, 284; über Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für die Forderung eines neuen Gläubigers § 1198 A 1). — Innerhalb des Betrags der Hypothek können auch mehrere Forderungen, selbst wenn sie verschiedenen Gläubigern zustehen, an die Stelle der bisherigen Forderung gesetzt werden. Die Hypothek zerfällt dann in Teilhypotheken. Über die Rangverhältnisse der Teile vgl. § 1151 A 1. Der Eigentümer braucht nicht persönlicher Schuldner der neuen Forderung zu sein, da auch für eine fremde Schuld Hypothek bestellt werden kann (**RG** 60, 262). Die bloße Änderung einer unrichtigen Bezeichnung der Forderung fällt nicht unter § 1180. Sie erfolgt im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 894; GBO § 22). Die Vorschriften des § 1180 finden auf alle Hypothekenarten Anwendung. Auch einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) kann eine andere Forderung, sei es eine dem Betrage nach bestimmte, sei es eine unbestimmte, bis zur Höhe des Höchstbetrags untergelegt werden, vorausgesetzt, daß die Hypothek nicht Eigentümergrundschuld ist, daß also eine den Höchstbetrag anfüllende Forderung aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse bereits entstanden ist (§ 1190 A 1). Soll vor der Entstehung einer Forderung ein anderes Rechtsverhältnis der Höchstbetragshypothek zugrunde gelegt werden, so wird nicht § 1180, sondern entsprechend dem § 1198 (dort A 1) § 877 mit § 873 zur Anwendung zu bringen sein, da hier für die künftige Verwandlung der Grundschuld in eine Hypothek eine andere Bedingung als bisher (§ 1190 A 1) gesetzt wird (**RG** 125, 140 läßt dahingestellt, ob § 1180 oder § 1198 anzuwenden ist; a. M. KGJ 45, 286; 49, 224, wo auf die Auswechslung des bisherigen Forderungskreises mit einem neuen Forderungskreise § 1180 für anwendbar erachtet ist; dabei ist aber nicht berücksichtigt, daß die Forderungen erst künftig entstehen sollen, daß also Forderungen, die ausgewechselt werden könnten, noch nicht bestehen und deshalb die Hypothek noch dem Eigentümer als vorläufige Eigentümergrundschuld zusteht: § 1190 A 1). Dabei ist es auch zulässig, daß in den Kreis der Forderungen, die aus dem neuen Rechtsverhältnis künftig entstehen würden, die Forderungen, die aus dem alten Rechtsverhältnis entstehen sollten, miteinbezogen werden, sofern der (künftige) persönliche Schuldner derselbe bleibt (KGJ 45, 286; 49, 224). Eine (gewöhnliche) Sicherungshypothek bleibt trotz der Unterlegung einer neuen Forderung Sicherungshypothek, es sei denn, daß sie zugleich gemäß § 1186 (KGJ 46, 233;

OLG 26, 171) in eine Verkehrshypothek umgewandelt wird. Wenn einer Gesamthypothek (§ 1132) eine neue Forderung untergelegt werden soll, ist Einigung des neuen Gläubigers mit den Eigentümern sämtlicher belasteten Grundstücke erforderlich. Über die Anwendbarkeit des § 1180 auch auf Hypotheken des früheren Rechts vgl. Art 192 EG und RG 48, 56; 50, 81. Auf eine Hypothekvormerkung findet § 1180 keine Anwendung, da sie lediglich zur Sicherung des vorgemerkten Anspruchs dient und mit ihm steht oder fällt (OLG 20, 419).

2. **Gläubiger und Eigentümer,** deren **Einigung** über die Ersetzung der gesicherten Forderung durch eine andere erforderlich ist, müssen verschiedene Personen sein (§ 873 A 7 a). Deshalb kann im Falle der Hypothek des Eigentümers (§ 1177 Abs 2) dieser nicht für sich allein die Forderung durch eine andere ersetzen, solange die Hypothek sich in seiner Hand befindet (RJA 3, 212). Unter dem Gläubiger ist der Gläubiger der andern Forderung, also wenn die Forderung einem andern als dem bisherigen Gläubiger zusteht (A 1), der neue Gläubiger zu verstehen (JFG 7, 355). Die Einigung bedarf zur Wirksamkeit keiner Form; sie kann auch der Eintragung nachfolgen (§ 873 A 7 c).

3. Formellrechtlich ist zu der (notwendigen: OLG 6, 124) **Eintragung** der Ersetzung zunächst gemäß § 19 GBO die in der Form des § 29 GBO erklärte Eintragungsbewilligung des Eigentümers erforderlich. Weiterhin wird aber auch die Bewilligung des bisherigen Gläubigers in derselben Form nicht nur im Falle des Abs 2, wo seine Zustimmung ausdrücklich verlangt wird (RJA 7, 232), sondern auch im Falle des Abs 1, wo sein Recht ebenfalls von der Eintragung betroffen wird, dem Grundbuchamt vorzulegen sein (abw. die frühere Auflage). Dagegen bedarf es nicht der Bewilligungen des persönlichen Schuldners, der nicht zugleich Eigentümer ist, des neuen Gläubigers (beim Gläubigerwechsel) und regelmäßig auch nicht der gleich- und nachstehenden dinglich Berechtigten (A 5). Einzutragen ist, daß an die Stelle der bisherigen die neue Forderung gesetzt ist. Für die Bezeichnung der neuen Forderung und des sonstigen Inhalts der Einschreibung ist § 1115 maßgebend (KGJ 31 A 339). Soll bei der Forderungsauswechslung zugleich ein neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen treten (A 1), so ist einzutragen, daß die Hypothek für den neuen Gläubiger umgeschrieben werde unter Setzung der neuen Forderung an die Stelle der bisherigen (KGJ 45, 285). Im Falle einer Briefhypothek ist die mit dem Brief verbundene alte Schuldurkunde abzutrennen (§ 65 Abs 1, 2 GBO) und die neue Schuldurkunde mit dem Brief zu verbinden (§ 58 Abs 1 Satz 1 GBO).

4. Die **entsprechend anzuwendenden §§ 873 Abs 2, 876, 878** betreffen: die Bindung der Beteiligten an die Einigung vor der Eintragung (§ 873 A 13—17); das Erfordernis der Zustimmung Dritter, denen ein Recht an der Hypothek zusteht (§ 876 A 1, 6—8); den nachträglichen Eintritt einer Verfügungsbeschränkung der die Einigung Erklärenden (§ 878). Die im § 873 Abs 2 für die Bindung vor der Eintragung vorgeschriebene Form findet auf den schuldrechtlichen Vertrag, in dem die Übernahme der Verpflichtung zur Ersetzung der Forderung vereinbart wird, keine Anwendung (§ 873 A 13; RG 50, 81; Warn 1908 Nr 272). Nach der Eintragung sind die Beteiligten auch an ihre formlosen Einigungserklärungen gebunden (§ 873 A 7 c, 13; RG 60, 262). Die vertragsmäßig übernommene Verpflichtung des Eigentümers, der Hypothek, falls sie ihm zufällt, eine andere Forderung des Gläubigers unterzulegen, kann als bedingter Anspruch auf Änderung des Inhalts des hypothekarischen Rechts nach § 883 Abs 1 Satz 1, 2 durch Vormerkung gesichert werden (OLG 6, 150). Über die Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung im Konkurse des Eigentümers: OLG 5, 8.

5. Wenn die neue Forderung einem andern Gläubiger zusteht, so ist die **Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers erforderlich.** Sie ist **gegenüber dem Grundbuchamt** (§ 875 A 7, 10) **oder** gegenüber **dem** durch die Zustimmung **Begünstigten** (§ 875 A 8) **zu erklären.** Einer Abtretung durch den bisherigen Hypothekengläubiger bedarf es nicht, da nicht er, sondern der Eigentümer die Hypothek dem neuen Gläubiger überläßt (RJA 7, 227; A 1). Vor der Eintragung der Ersetzung ist der Hypothekengläubiger an seine Zustimmung nur gebunden, wenn er sie in einer der **Formen des § 875 Abs 2** (§ 875 A 10, 11) erklärt hat. Steht einem Dritten an der bisher gesicherten Forderung ein Recht zu, so ist nach dem auch hier (A 4) **anzuwendenden § 876** die Zustimmung des Dritten (§ 876 A 1, 6—8) neben der Zustimmung des Gläubigers erforderlich. Der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es nicht, es sei denn, daß bei der Einsetzung der neuen Forderung die Verzinsungs- oder Rückzahlungsbedingungen über den Rahmen des § 1119 hinaus geändert werden. Dies gilt auch dann, wenn an die Stelle einer durch die Hypothek gesicherten aufschiebend bedingten Forderung eine unbedingte Forderung gesetzt wird (§ 877 A 3). Auch die Zustimmung des persönlichen Schuldners ist nicht erforderlich (vgl. jedoch § 1165; A 1). Ob der gegenwärtige Gläubiger, dem die Hypothek mit den Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt ab übertragen worden ist, zur Einsetzung einer neuen Forderung der Zustimmung des früheren Gläubigers wegen der früheren Zinsen bedarf, ist in § 1158 A 4 erörtert. — Soll die Forderung einer für A auf dem Grundstück 1 eingetragenen Hypothek mit der Forderung einer für B auf dem Grundstück 2 eingetragenen Hypothek umgewechselt

werden und unterliegen die Hypotheken der Aufwertung nach dem AufwG, so müssen die Goldmarkbeträge (§§ 2, 3 G) nach dem Erwerbstag der Forderungen festgestellt werden (OLG 45, 282) und die Umwandlungseintragungen zu diesen Beträgen erfolgen.

§ 1181

Wird der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt [1]), so erlischt die Hypothek [2]).

Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei [2]).

Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf die sich die Hypothek erstreckt [3]).

E I 1078, 1092 II 1088; M 3 687, 720; P 3 620; 6 257.

1. **Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück** wegen seines dinglichen Hypothekenrechts erfolgt gemäß § 1147 im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1147 A 2, 4). Alle anderen Befriedigungsarten (§§ 1142 A 4, 1163 A 5), z. B. die freiwillige Zahlung, haben die Wirkungen des § 1181 nicht. Sie führen, je nachdem wer der Befriedigende ist (Eigentümer, persönlicher Schuldner usw.), zwar das Erlöschen der Forderung oder deren Übergang auf einen andern herbei (§ 1143 A 3), aber nicht das Erlöschen der Hypothek; vielmehr wird diese auf einen andern übertragen (als Grundschuld auf den Eigentümer oder als Hypothek auf den Erwerber der Forderung). Dies gilt auch dann, wenn die Mittel zur Befriedigung durch Veräußerung des Grundstücks oder von Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, beschafft worden sind. § 1181 kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erzwungen ist (RG 47, 266; 56, 324). Auch der freihändige Verkauf des Grundstücks durch den Konkursverwalter steht der Befriedigung durch Zwangsvollstreckung nicht gleich (RG Warn 1932 Nr 48). Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wird durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung bewirkt. Dabei geschieht die Befriedigung *regelmäßig* durch *bare Zahlung*: im Falle der Zwangsversteigerung durch Auszahlung des auf die Hypothek entfallenden Teils des baren Versteigerungserlöses seitens des Vollstreckungsgerichts (§§ 49, 117 ZVG); im Falle der Zwangsverwaltung durch Zahlung des der Hypothek aus dem Überschusse der Nutzungen zugeteilten Betrags (§§ 157, 158 ZVG; RG JW 1913, 55[47]). Als Zahlung gilt auch die Hinterlegung des Bargebots seitens des Erstehers gemäß § 49 Abs 2 ZVG, §§ 372ff., 376, 378 BGB (§ 107 Abs 1, 3 ZVG) sowie die Anweisung des Vollstreckungsgerichts auf den im Falle des § 117 Abs 2 ZVG (Nichterscheinen des Berechtigten) hinterlegten Betrag des Erlöses. *Ferner wirkt wie die Befriedigung aus dem Grundstück:*

a) die *Vereinbarung* zwischen dem Ersteher und dem Gläubiger *gemäß* § 91 Abs 2 ZVG, daß eine Hypothek, die nach den gesetzlichen oder vereinbarten Versteigerungsbedingungen nicht bestehenbleiben (§§ 44, 59 ZVG), also nach § 91 Abs 1 ZVG durch den Zuschlag erlöschen würde, dennoch bestehenbleiben soll (§ 91 Abs 3 Satz 2 ZVG; KGJ 51, 301);

b) die gerichtliche *Übertragung der Forderung gegen den Ersteher wegen Nichtberichtigung des Bargebots*, es sei denn, daß der Gläubiger vor Ablauf von drei Monaten dem Gericht gegenüber den Verzicht auf die Rechte aus der Übertragung erklärt oder die Zwangsversteigerung gegen den Ersteher beantragt (§ 118 Abs 1 Satz 1, Abs 2 mit §§ 128, 132, 133 ZVG; A 2);

c) die *gerichtliche Übertragung der Forderung gegen den Ersteher im Falle der* gemäß §§ 60, 61 ZVG erfolgten *Festsetzung von Zahlungsfristen* für den das geringste Gebot übersteigenden Betrag des Meistgebots (§ 118 Abs 1 Satz 2, Abs 2 Satz 1 ZVG).

Dagegen hat die im § 125 Abs 1 ZVG geregelte Übertragung der aus § 50 ZVG (Nichtbestehen einer bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Hypothek) sich ergebenden Forderung gegen den Ersteher nicht die Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstück (§ 125 Abs 3 ZVG). Auch darin liegt keine Befriedigung aus dem Grundstück, daß der Hypothekengläubiger selbst das Grundstück im Zwangsversteigerungsverfahren zugeschlagen erhält, sofern die Hypothek als Teil des geringsten Gebots bestehenbleibt (KGJ 51, 301).

Die **Wirkungen des Zuschlags** in der Zwangsversteigerung auf eine nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehenbleibende Hypothek sind folgende: Nach §§ 52, 91 Abs 1 ZVG *erlischt jede Hypothek, die nicht in das geringste Gebot fällt, ohne weiteres durch den Zuschlag. Dieses Erlöschen steht aber nicht gleich dem Erlöschen infolge Befriedigung aus dem Grundstück im Sinne des* § 1181. Durch letzteres wird das dingliche Recht gänzlich beseitigt. Dagegen bewirkt der Zuschlag nur, daß die Hypothek als dingliches Recht an dem zwangsersteigerten Grundstück nicht mehr besteht. Die gesicherte Forderung bleibt bestehen (A 2) und als Sicherung ist an Stelle des Grundstücks das aus der Hypothek fließende Recht auf den Ver-

steigerungserlös getreten (**RG** 75, 313; 88, 300; 102, 120; 123, 339; 127, 355). Haften für die Hypothek noch andere nicht mitversteigerte Gegenstände, so bleibt die Hypothek in dieser Hinsicht durch den Zuschlag überhaupt unberührt. Erst wenn der Gläubiger (volle oder teilweise) Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse erhält, erlischt die Hypothek (ganz oder zum Teil) auch an diesen Gegenständen. Fällt der Gläubiger aus, so bleibt die Hypothek an den andern Gegenständen bestehen, mögen sie mitbelastete Grundstücke oder mithaftende bewegliche Sachen (§§ 1120ff.) sein (str.; **RG** 55, 417; JW 1911, 46[35]; Gruch 48, 1067). Dabei ist nicht an Gegenstände zu denken, deren Sonderversteigerung gemäß § 65 ZVG angeordnet ist. Ihr Erlös gehört zur Teilungsmasse (§ 107 Abs 1 Satz 2 ZVG). Vielmehr kommen (abgesehen von andern Grundstücken) Gegenstände in Betracht, die zwar für die Hypothek haften, aber der Beschlagnahme nach § 21 ZVG nicht unterliegen, sowie Gegenstände, bezüglich deren nach erfolgter Einstellung (§ 769 Abs 1, 2 ZPO) die Fortsetzung des Verfahrens vom betreibenden Gläubiger nicht gemäß § 31 ZVG (z. B. weil er befriedigt ist) beantragt wird (**RG** 125, 369). In solche Gegenstände können ausgefallene Hypothekengläubiger (nachdem sie dinglich geklagt und einen vollstreckbaren Titel erlangt haben) die Zwangsvollstreckung betreiben (**RG** 55, 414; OLG 14, 33; JW 1927, 402; vgl. auch A 3), vorausgesetzt, daß nicht die Haftung für die Hypothek nach §§ 1121ff. inzwischen erloschen ist (**RG** 125, 368). Hinsichtlich des Umfangs der mit dem Grundstück zugleich versteigerten Gegenstände, deren Erlös mit zur Teilungsmasse geht, ist über die **Tragweite des Zuschlagsbeschlusses** folgendes zu bemerken: Nach § 90 Abs 2 ZVG erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag zugleich mit dem Grundstück auch die Gegenstände, auf welche sich die Hypothek erstreckt hat. Sein Erwerb an diesen Gegenständen steht aber unter der aus § 55 Abs 1 ZVG sich ergebenden Voraussetzung, daß ihre Beschlagnahme (§§ 20, 21 ZVG) zur Zeit der Versteigerung noch wirksam ist (was z. B. nach § 23 Abs 1 Satz 2 ZVG nicht der Fall ist, soweit der Schuldner über beschlagnahmte bewegliche Sachen nach der Beschlagnahme in den Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft verfügt hat). Sollen entgegen dieser gesetzlichen Regel solche Gegenstände von der Versteigerung ausgeschlossen werden (z. B. Bestandteile, Zubehörstücke), so ist dies durch eine vom Versteigerungsgericht auf Antrag angeordnete Versteigerungsbedingung nach § 65 ZVG herbeizuführen. Diese Bedingung bedarf nach § 82 ZVG der Aufnahme in den Zuschlagsbeschluß, widrigenfalls der Zuschlag, sofern er nicht mit der Beschwerde nach § 83 Nr 5 ZVG mit Erfolg angefochten wird, rechtskräftig als unter den gesetzlichen Bedingungen, also unter Mitversteigerung der genannten Gegenstände, erteilt gilt (**RG** 60, 48; 67, 380; 127, 274; **RG** JW 1920, 902[8]; Gruch. 52, 877). Nach § 55 Abs 2 ZVG erstreckt sich die Versteigerung auch auf Zubehörstücke, die im Besitz des Schuldners, aber im Eigentum eines Dritten stehen, sofern nicht der Eigentümer sein Recht nach § 37 Nr 5 ZVG geltend gemacht hat. Zu dieser Geltendmachung genügt nicht die bloße Anmeldung (**RG** 60, 48; 67, 380; JW 1920, 902[8]), wohl aber ein vor der Erteilung des Zuschlags vom Eigentümer der Gegenstände erwirkter Beschluß des Versteigerungsgerichts über die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Versteigerungsverfahrens in die Gegenstände. Liegt ein solcher Beschluß vor, so scheiden die Gegenstände aus dem Versteigerungsverfahren kraft Gesetzes aus. Der Zuschlag erstreckt sich dann also nicht auf sie, auch wenn der Aufhebungs- oder Einstellungsbeschluß im Zuschlagsbeschluß nicht erwähnt wird (str.; **RG** 70, 399; 127, 272).

2. Soweit der Gläubiger (voll oder teilweise) aus dem Grundstück (A 1) befriedigt wird, **erlischt die Hypothek** nicht nur an dem Grundstück, aus dem die Befriedigung erlangt ist, sondern auch an allen mithaftenden Gegenständen (A 1); **bei der Gesamthypothek werden auch die übrigen** mitbelasteten **Grundstücke frei.** Im Falle der in A 1a genannten, als Befriedigung wirkenden Vereinbarung bleibt aber die Hypothek an dem ersteren Grundstück bestehen (wegen der Forderung s. unten). Ferner gibt § 1182 für die Gesamthypothek eine Sonderbestimmung. — Das Erlöschen tritt *kraft Gesetzes* außerhalb des Grundbuchs mit der Wirkung ein, daß das dingliche Recht gänzlich aufgehoben wird und auch nicht an den Eigentümer fällt (A 1). Die Löschung istt Berichtigung des Grundbuchs, die von Amts wegen auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts erfolg (§§ 130, 158 ZVG), aber auch von den Beteiligten angeregt werden kann. Ist eine *Gesamthypothek* durch Befriedigung des Gläubigers aus einem der belasteten Grundstücke auch an den übrigen Grundstücken erloschen, so ist das Vollstreckungsgericht nicht befugt, um Löschung der Hypothek auf den letzteren Grundstücken zu ersuchen; auch das Grundbuchamt darf diese Löschung nicht von Amts wegen vornehmen; vielmehr ist gemäß der für Hypotheklöschungen jeder Art geltenden Vorschrift des § 27 GBO die Zustimmung der Eigentümer dieser Grundstücke (RJA 3, 48; OLG 14, 124; auch **RG** 72, 367) und ein Antrag eines Beteiligten (z. B. auch eines nachstehenden Hypothekengläubigers) auf Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung (§§ 13, 22 GBO) erforderlich (RJA 3, 48). Nötigenfalls kann gegen den noch eingetragenen Gläubiger, der ebensowenig wie der Eigentümer über die Hypothek zu verfügen befugt ist, gemäß § 894 auf Zustimmung zur Löschung geklagt werden (OLG 14, 124). Dazu sind auch nachstehende Hypothekengläubiger befugt, deren Hypotheken vorrücken. Das rechtskräftige Urteil rechtfertigt dann (bei Zustimmung des Eigentümers) den Löschungsantrag (§ 894 ZPO). Vgl. auch § 49 Abs 2 GBO (Löschung des Mitbelastungsvermerks von Amts wegen). Wenn die Entstehung einer Ersatzhypothek gemäß § 1182

in Frage kommen kann, muß zur Begründung des Löschungsantrags dem Grundbuchamt weiter nachgewiesen werden, daß eine Ersatzhypothek nicht entstanden ist (z. B. durch Anerkenntnis des Eigentümers, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt ist: RJA 3, 49). Hat freilich inzwischen ein Dritter durch Rechtsgeschäft die noch nicht gelöschte Hypothek gutgläubig erworben, so ist sie in seiner Hand wieder zu einer rechtsbeständigen Hypothek geworden (§ 892): dann ist die Löschung ausgeschlossen. Als Wirkung der Befriedigung ist im Abs 2 nicht, wie im Abs 1, das „Erlöschen", sondern das „Freiwerden" bezeichnet, weil die Gesamthypothek nach § 1182 als Ersatzhypothek bestehen bleiben kann. Im übrigen ist beides sachlich gleichbedeutend. Ist für die an den Gläubiger übertragene Forderung gegen den Ersteher eine Sicherungshypothek nach Maßgabe der §§ 118, 128 ZVG eingetragen und dabei gemäß § 123 ZVG vermerkt, daß die Forderung andern Berechtigten übertragen werde, wenn das Recht des Gläubigers nach den besonderen Vorschriften über die Gesamthypothek erlöschen sollte, so gilt der Gläubiger nach Ablauf der in A 1 b bezeichneten drei Monate als aus dem Grundstück befriedigt; damit ist die bedingte Zuweisung der durch die Sicherungshypothek gesicherten Forderung gegen den Ersteher an die andern Berechtigten hinfällig geworden; der Gläubiger kann also jetzt von diesen nach § 894 die Zustimmung zur Löschung der bedingten Zuweisung, die ihn in der Verfügung über die Sicherungshypothek behindert, verlangen (OLG 34, 169). — Die persönliche Forderung des Gläubigers wird durch das Erlöschen der Hypothek infolge des Zuschlags (§§ 52, 91 ZVG) nicht berührt. Nur wenn und soweit der Gläubiger demnächst aus dem Versteigerungserlöse befriedigt wird, ist er auch wegen der Forderung als befriedigt anzusehen. Das Gesetz sagt zwar nicht ausdrücklich, daß die Befriedigung wegen der Hypothek zugleich Befriedigung wegen der Forderung bewirkt. Dies folgt aber aus § 1113, wonach die hypothekarische Belastung darin besteht, daß „zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung" eine Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Die Befriedigung des Gläubigers hat in der Regel gemäß § 362 Abs 1 das Erlöschen der Forderung zur Folge (**RG** 81, 71; 104, 75; RJA 11, 304). Ist aber der Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wird, nicht zugleich der persönliche Schuldner, so geht die Forderung (ohne die Hypothek) auf ihn über (§ 1143 A 5). Auch durch die in A 1 a, b, c genannten Vereinbarungen und Übertragungen gilt der Gläubiger als wegen der persönlichen Forderung befriedigt; denn das Gesetz legt diesen Rechtshandlungen die Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstück bei (**RG** 70, 413; OLG 33, 110). Der persönliche Schuldner wird also, wenn er zugleich der Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) ist, frei, obwohl der Gläubiger (zunächst wenigstens) eine Zahlung noch nicht erhält; die Forderung geht auf den (früheren) Eigentümer (ohne die Hypothek) über, wenn er nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Die Folge davon ist, insbesondere im Falle der Vereinbarung gemäß § 91 Abs 2 ZVG (A 1 a), daß die Hypothek zwar als dingliches Recht an dem nunmehr dem Ersteher gehörenden Grundstück bestehen bleibt, aber stets von der ursprünglich gesicherten Forderung losgelöst ist und daher fortan nur als Grundschuld besteht, sofern sie nicht bei der Vereinbarung zugleich gemäß § 1198 in eine Hypothek für die Forderung gegen den Ersteher umgewandelt wird. Eine Schuldübernahme des Erstehers wegen der ursprünglichen Forderung kann nicht in Betracht kommen, da die Forderung entweder erlischt oder auf einen andern als den bisherigen Gläubiger übergeht (str.; a. M. **RG** 70, 414; RJA 6, 152; OLG 9, 140).

3. Die der Befriedigung aus dem Grundstück in der Wirkung (A 2) gleichstehende **Befriedigung aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt** (§§ 1120ff.), erfolgt gemäß § 1147 ebenfalls nur (A 1) im Wege der Zwangsvollstreckung (**RG** 56, 324). Von der Zwangsversteigerung des Grundstücks werden diese Gegenstände mitumfaßt, soweit nicht Ausnahmen im § 21 Abs 1, 2 ZVG angeordnet sind. Die Zwangsverwaltung ergreift auch die letzteren Gegenstände (§ 148 Abs 1 Satz 1 ZVG). Ferner treten die Wirkungen des § 1181 Abs 1 u. 2 auch dann ein, wenn der Hypothekengläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen aus den Gegenständen (volle oder teilweise) Befriedigung erhält (vgl. §§ 819, 835f., 844 ZPO). Jedoch ist hierbei Voraussetzung, daß der Gläubiger wegen seines dinglichen Rechts, also namentlich auf Grund eines nach dinglicher Klage erstrittenen vollstreckbaren Urteils, die Zwangsvollstreckung betrieben hat. Wenn er nur wegen der persönlichen Forderung (nach erhobener Schuldklage) Befriedigung gesucht hat, wird durch die so erlangte Befriedigung die Hypothek nicht zum Erlöschen gebracht; vielmehr geht sie, wenn die Forderung durch die Befriedigung erlischt, gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2, § 1177 Abs 1 als Grundschuld auf den Eigentümer über (**RG** 56, 325). Dies alles gilt auch bei der Befriedigung des Gläubigers aus Forderungen gegen den Versicherer, auf die sich die Hypothek gemäß §§ 1127, 1128 erstreckt. Freiwillige Zahlung der Versicherungsgelder seitens des Versicherers an den Gläubiger löst die Wirkungen des § 1181 Abs 1 u. 2 nicht aus, sondern nur eine im Wege der Zwangsvollstreckung (Pfändung der Forderung) erwirkte Zahlung (**RG** 56, 322; vgl. auch § 102 des VersVG v. 30. 5. 1908).

§ 1182

Soweit im Falle einer Gesamthypothek der Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt wird [1]), von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann [2]), geht die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über [3]). Die Hypothek kann jedoch, wenn der Gläubiger nur teilweise befriedigt wird, nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden [4]).

E II 1089; P 3 624; 6 257.

1. § 1182 bringt aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme von § 1181 Abs 2. Diese Ausnahme entspricht der Regelung, die im § 1173 für die freiwillige Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch den Eigentümer eines der mithaftenden Grundstücke getroffen ist. In gleicher Weise wird hier bei der zwangsweisen Befriedigung des Gläubigers **im Falle einer Gesamthypothek** (§ 1132) dem **Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger** im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1181 A 1) **befriedigt wird,** eine sog. Ersatzhypothek (A 3) an dem mitbelasteten Grundstück gewährt, gegen dessen Eigentümer ihm ein Ersatzanspruch zusteht. Voraussetzung ist auch hier (§ 1173 A 2), daß die Eigentümer der belasteten Grundstücke verschiedene Personen sind. Gehören die Grundstücke derselben Person, so erlischt die Gesamthypothek durch die Befriedigung des Gläubigers aus einem der Grundstücke gemäß der Regel des § 1181 Abs 1, 2 an allen Grundstücken. Der Befriedigung aus dem Grundstück steht auch hier gleich die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung aus den mit dem Grundstück verbundenen Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt (§ 1181 A 3). Für den Fall der Befriedigung des Gläubigers aus dem Anteil eines Miteigentümers an dem im Miteigentum mehrerer nach Bruchteilen stehenden Grundstück gilt das in § 1173 A 2 Bemerkte.

2. Die Fälle, in denen der Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wird, **von dem Eigentümer eines der andern Grundstücke oder von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann,** sind zusammengestellt in § 1173 A 6 und § 1164 A 2, 3. Wenn die Möglichkeit eines solchen Ersatzanspruchs nicht nach der Sachlage ausgeschlossen ist, darf der Grundbuchrichter ohne Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt worden ist, die Hypothek an dem andern Grundstück, die Ersatzhypothek geworden sein könnte, nicht löschen (KGJ 47, 214; § 1181 A 2).

3. Äußerstenfalls bis zur Höhe der Befriedigungssumme **geht die Hypothek,** soweit der Ersatzanspruch besteht, **an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers auf den ersatzberechtigten Eigentümer** kraft Gesetzes **über,** ohne daß es einer Umschreibung oder einer Briefübergabe bedarf (KGJ 47, 217). Streit besteht auch hier, wie in den ebenfalls den Übergang einer Hypothek in Höhe eines Ersatzanspruchs betreffenden Fällen der §§ 1164, 1173 Abs 2, 1174 (vgl. § 1164 A 2, § 1173 A 7), über die rechtliche Natur der Ersatzhypothek. Nach der einen Meinung verbindet sich das dingliche Recht stets mit der Ersatzforderung dergestalt, daß es fortan als Hypothek für die Ersatzforderung besteht. Eine andere Ansicht erachtet zwar in dem Fall, daß der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner der Forderung ist, die der bisherigen Gesamthypothek zugrunde lag, das übergehende hypothekarische Recht ebenfalls als Hypothek für die Ersatzforderung, nimmt aber an, daß der ersatzberechtigte Eigentümer, wenn er nur dinglich für die bisherige Gesamthypothek haftete, die Hypothek an dem ersatzpflichtigen Grundstück als Hypothek für die ursprüngliche Forderung in Höhe des Ersatzanspruchs erlange. Nach einer dritten Meinung verbindet sich das hypothekarische Recht niemals mit der Ersatzforderung; vielmehr ist das Bestehen der Ersatzforderung nach dieser Meinung lediglich Voraussetzung für den Übergang jenes Rechts; die Hypothek soll, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, als Hypothek für die ursprüngliche Forderung, andernfalls als Grundschuld in Höhe des Ersatzanspruchs übergehen. Eine vierte Ansicht erachtet die übergehende Hypothek in jedem Falle als Hypothek für die ursprüngliche Forderung in Höhe des Ersatzanspruchs. Der ersten Ansicht ist beizutreten. Ist der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so erlischt durch die Befriedigung des Gläubigers aus seinem Grundstück auch die ursprüngliche Forderung (§ 1181 A 2). Sie kann daher in diesem Falle nicht der übergehenden Hypothek zugrunde liegen; auch kann die Hypothekenforderung nicht eine dem Ersatzberechtigten als neuem Hypothekengläubiger gegen sich selbst zustehende Forderung sein. Aber auch als eine Grundschuld (wegen Erlöschens der Forderung: § 1163 Abs 1 Satz 2) ist die übergehende Hypothek in diesem Falle nicht zu erachten. Denn nach § 1177 Abs 1 Satz 1 verwandelt sich eine Hypothek nur dann in eine Grundschuld, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Eine solche Vereinigung findet hier nicht statt, da nicht der ersatzpflichtige Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück erwirbt, sondern der Ersatzberechtigte eine Hypothek am fremden Grundstück erlangt.

Ferner würden für die Hypothek, wenn sie sich in eine Grundschuld umwandeln würde, die Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen der ursprünglichen Forderung weiter gelten, während zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Ersatzpflichtigen Rechtsbeziehungen nur nach Maßgabe des Rechtsverhältnisses bestehen, auf Grund dessen für den Ersatzberechtigten durch die Befriedigung des Hypothekengläubigers aus seinem Grundstück der Ersatzanspruch erwächst, so daß fortan die für die Ersatzforderung bestehenden Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen gelten müssen. Da nun die „Hypothek" auf den Ersatzberechtigten übergehen soll, eine Hypothek gemäß § 1113 begrifflich eine durch sie gesicherte Forderung voraussetzt und die ursprüngliche Hypothekenforderung bei der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück des persönlichen Schuldners erlischt, so ergibt sich für diesen Fall der notwendige Schluß, daß die auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek sich kraft Gesetzes mit der Ersatzforderung verbindet. § 1182 macht aber hinsichtlich des Hypothekenübergangs keinen Unterschied, ob der Ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner der ursprünglichen Hypothekenforderung ist oder nicht. Von dieser Forderung ist darin überhaupt nicht die Rede. Einerseits ist nur über den Übergang der Hypothek, des dinglichen Rechts, Bestimmung getroffen, anderseits die übergehende Hypothek lediglich zu der Ersatzforderung in Beziehung gesetzt. Deshalb und weil der Zweck des § 1182 ist, dem Ersatzberechtigten durch die Hypothek an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen Sicherung für seinen Ersatzanspruch zu gewähren (Prot 3, 626), ist anzunehmen: Sowohl dann, wenn der Ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner ist, als auch dann, wenn er nur dinglich haftet, geht die Hypothek an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen dergestalt auf ihn über, daß sie als Hypothek für die Ersatzforderung besteht und der Ersatzpflichtige der persönliche Schuldner dieser durch sie gesicherten Forderung ist (**RG** 81, 71). Im zweiten Falle erwirbt allerdings der ersatzberechtigte Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, durch die Befriedigung des Gläubigers aus seinem Grundstück nach dem entsprechend anzuwendenden § 1143 die ursprüngliche Hypothekenforderung (§ 1143 A 5, § 1181 A 2). Aber diese Forderung ist nicht mehr mit einer Hypothek bekleidet; die Hypothek ist teils zur Hypothek für die Ersatzforderung geworden, teils erloschen; dem Ersatzberechtigten stehen nun beide Forderungen in ähnlicher Weise zu, wie nach § 426 Abs 2 einem den Gläubiger befriedigenden Gesamtschuldner zugleich der Ausgleichungsanspruch gegen den andern Schuldner und die in Höhe dieses Anspruchs auf ihn übergehende Forderung des Gläubigers zusteht (**RG** 69, 424; 81, 71). — Erstreckt sich die dem Ersatzanspruch zugrunde liegende Verpflichtung nur auf die Zahlung von Hypothekenzinsen (§ 1173 A 6), so geht, wenn der Gläubiger aus dem Grundstück des Ersatzberechtigten wegen Hypothekenzinsen befriedigt worden ist, die Hypothek an dem nicht versteigerten Grundstück in Höhe der Ersatzforderung auf den ersatzberechtigten Eigentümer ebenfalls als Hypothek für die Ersatzforderung über; dabei ist diese Hypothek eine solche für eine Hauptschuld, nicht eine Hypothek für Zinsen, da die Ersatzforderung an die Stelle der Zinsforderung tritt (KGJ 47, 216). — An den Grundstücken der nicht ersatzpflichtigen Eigentümer erlischt die Hypothek gemäß § 1181 Abs 2. Auf Antrag erfolgt die Löschung der Hypotheken an diesen Grundstücken (§ 1181 A 2). Ferner erlischt die Hypothek auch an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers insoweit, als der Ersatzanspruch die Höhe der Befriedigungssumme nicht erreicht. Weiter erlischt die Hypothek, anders als im Falle des § 1173 Abs 2, auch an dem Grundstück des ersatzberechtigten Eigentümers gemäß § 1181 Abs 1 (über die Löschung dieser Hypothek auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts s. § 1181 A 2). Die Ersatzhypothek besteht also hier nicht als Gesamthypothek (§ 1173 A 7), sondern als Einzelhypothek, nämlich allein an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers. Wenn allerdings derselbe Ersatzanspruch gegen die Eigentümer mehrerer Grundstücke gegeben ist, so erlangt der ersatzberechtigte Eigentümer für seinen Ersatzanspruch eine Gesamthypothek an diesen mehreren Grundstücken. — Wegen der Rechte, die dem ersatzberechtigten Eigentümer gegen den Gläubiger zur Berichtigung des Grundbuchs zustehen, und der Nachweise, die der Ersatzberechtigte dem Grundbuchamt beizubringen hat, wenn er die (Brief- oder Buch-) Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen oder sonst über sie verfügen will, gilt das in § 1164 A 2 Bemerkte entsprechend.

4. Wenn **der Gläubiger** der Gesamthypothek **nur teilweise befriedigt wird, kann die Ersatzhypothek** (wie nach § 1176 auch für den Fall des § 1173 Abs 2) **nicht zum Nachteile der Resthypothek des Gläubigers** (die an den nicht versteigerten Grundstücken bestehen bleibt) **geltend gemacht werden.** Insbesondere geht also die Resthypothek der Ersatzhypothek im Range vor. Ferner kann die Ersatzhypothek, **wenn das von ihr erfaßte Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden** (hypothekarischen oder sonstigen dinglichen) **Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden.** Denn der Berechtigte konnte mit der Möglichkeit rechnen, daß sein Recht durch Befriedigung der Hypothek aus einem der andern Grundstücke vorrücken würde. Anders als im Falle des § 1173 Abs 2 steht also hier die Ersatzhypothek auch diesem Recht im Range nach (Prot 3, 627). Das Recht muß aber zur Zeit des Übergangs der Ersatzhypothek bereits bestehen, also vor der zwangsweisen Befriedigung der Gesamthypothek eingetragen sein (RJA 11, 306; KGJ 47, 214).

§ 1183

Zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich [1]. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber zu erklären [2]; sie ist unwiderruflich [3].

E I 1091 II 1090; M 3 719; P 3 615, 725.

1. Die **Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft** ist zunächst durch § 875 geregelt. Diese Vorschrift bezieht sich ebensowenig wie § 1183 auf die Fälle des Erlöschens der Hypothek kraft Gesetzes (§ 875 A 1). Hier wie dort scheiden also z. B. aus die Fälle des Erlöschens durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (vgl. ferner §§ 1173 Abs 1, 1174 Abs 1, 1175 Abs 1 Satz 2, 1181). Zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung ist nach § 875 die gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer abzugebende Erklärung des Gläubigers, daß er die Hypothek aufgebe, und die Löschung der Hypothek im Grundbuch erforderlich (RG 72, 365). Über den Unterschied zwischen dieser Erklärung und der zum Verzicht auf die Hypothek nach § 1168 erforderlichen Erklärung des Gläubigers: § 1168 A 1; OLG 20, 418; 23, 327. Während zur Aufhebung der andern dinglichen Rechte nach § 875 die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, genügt, ist nach § 1183 zur Aufhebung einer Hypothek (und gemäß §§ 1192, 1200 auch einer Grundschuld und einer Rentenschuld) ferner **die Zustimmung des Eigentümers erforderlich,** weil er durch die Aufhebung sein Recht auf den Erwerb der Hypothek (§ 1177) verliert (Prot 3, 616; RG 78, 69). Eine Einigung, wie sie § 873 zur Begründung der Hypothek erfordert, ist zur Aufhebung aber nicht nötig; vielmehr genügt die einseitige Erklärung des Gläubigers nach § 875 und die einseitige Zustimmungserklärung des Eigentümers nach § 1183 (KGJ 24 A 216; 25 A 273; 27 B 46; RJA 10, 240). Die Rechtsnatur dieser Erklärungen als einseitiger Rechtsgeschäfte wird nicht dadurch geändert, daß sie äußerlich in die Form einer Vereinbarung gekleidet werden (HRR 1933 Nr 1012). Aus der Einseitigkeit folgt z. B., daß die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau zu der Erklärung die vorher erteilte Zustimmung des Ehemanns haben muß (§§ 1395, 1398; HRR 1933 Nr 1012). Ferner ergibt sich aus dieser Rechtsnatur der Erklärungen, daß der Gläubiger zugleich als Vertreter des Eigentümers die Zustimmungserklärung abgeben kann; § 181 steht nicht entgegen, wenn beide Erklärungen dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben werden (RJA 10, 238; vgl. RG 76, 92). Steht das Grundstück im Miteigentum, so müssen sämtliche Miteigentümer zustimmen, wenn die Hypothek am ganzen Grundstück aufgehoben werden soll (RJA 1, 120). Nach dem zwischen den Eigentümern bestehenden Rechtsverhältnisse (z. B. im Falle ehelicher Gütergemeinschaft: §§ 1443, 1446) kann aber die Zustimmungserklärung des einen zugleich als solche des andern Miteigentümers wirken (KGJ 22 A 140; RJA 4, 168). Soll im Falle des Miteigentums nach Bruchteilen die Hypothek nur an einem Miteigentumsanteil aufgehoben werden, so genügt gemäß § 747 die Zustimmung des einen Miteigentümers allein (KGJ 30 A 258). — Zur Aufhebung einer Gesamthypothek (wohl zu unterscheiden von dem Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, der nach § 1175 Abs 1 Satz 1 bewirkt, daß die Hypothek sämtlichen Eigentümern gemeinschaftlich zufällt: § 1175 A 1) ist die Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteter Grundstücke und die Löschung auf sämtlichen Grundbuchblättern erforderlich. Soll nur eines der Grundstücke von der Belastung frei werden, so handelt es sich nicht um eine „Aufhebung" der „Hypothek", da diese an den andern Grundstücken bestehen bleibt. Vielmehr wird eine Gesamthypothek in Anbetracht ihrer Einheitlichkeit (§ 1132 A 3) nur dann aufgehoben, wenn das hypothekarische Recht gänzlich, also an allen Grundstücken beseitigt wird (str.). Die Befreiung nur eines der Grundstücke von der Haftung kann lediglich durch einen Verzicht des Gläubigers (Verzichtserklärung und Eintragung der Erklärung) herbeigeführt werden. Dieser bewirkt gemäß § 1175 Abs 1 Satz 2 das Erlöschen der Hypothek an dem einen Grundstück, ohne daß es materiellrechtlich der Zustimmung des Eigentümers bedarf. Ist die Löschung nur für eines der Grundstücke bewilligt und beantragt, so darf sie nicht auch auf den übrigen mithaftenden Grundstücken erfolgen (§ 875 A 3). Formellrechtlich ist allerdings nach § 27 GBO zur Herbeiführung der Löschung stets die Beibringung der Zustimmung des Eigentümers erforderlich (§ 1175 A 3). Diese Grundsätze gelten entsprechend auch dann, wenn ein Trennstück aus der Pfandhaft für eine Einzelhypothek entlassen werden soll (§ 1175 A 3). Dagegen ist weder materiellrechtlich noch nach formellem Recht die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, wenn eine Gesamthypothek gemäß § 1132 Abs 2 vom Gläubiger auf die einzelnen Grundstücke verteilt wird (§ 1132 A 8; RG 70, 91; KGJ 37 A 307). — Ist der Eigentümer selbst Gläubiger der Hypothek (Grundschuld), so genügt seine Aufhebungserklärung gemäß § 875 allein (RG 66, 288; 73, 174). Hat er das Grundstück veräußert, so ist auch noch die Zustimmung des neuen Eigentümers gemäß § 1183 erforderlich (OLG 3, 224; 8, 315; RJA 8, 163). Auch auf die Herabsetzung des Zinsfußes sind die §§ 875, 1183 anzuwenden (§ 1119 A 3; § 1178 A 5). Die Wirkung der Aufhebung ist, daß die Hypothek erlischt. Die nachstehenden Berechtigten rücken vor. Diese Wirkung tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem die drei Erfordernisse — Aufhebungserklärung des Gläubigers, Zustimmung des

Eigentümers und Löschung — insgesamt vorliegen. Auf eine bestimmte zeitliche Aufeinanderfolge kommt es nicht an. Aufhebungserklärung und Zustimmung können auch der Löschung nachfolgen. Ist die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet (§ 876 A 1), so bedarf es gemäß § 876 auch dessen Zustimmung (§ 876 A 3, 6—8). Unter Umständen ist der Drittberechtigte auch befugt, statt des Gläubigers die Aufhebungserklärung abzugeben, so z. B. ein Pfandgläubiger oder ein Pfändungsgläubiger (§ 1282; ZPO §§ 836, 837; KGJ 23 A 147; 29 A 187; 31 A 316; OLG 8, 210). Auf die Hypothek für die im § 1178 bezeichneten Forderungen (Rückstände von Zinsen usw., Kosten) findet § 1183 keine Anwendung (§ 1178 A 3, 5). Durch ein gegen den Eigentümer erlassenes Verbot, zum Nachteil eines Dritten über das Grundstück zu verfügen, wird der Eigentümer nicht an der Zustimmung zur Aufhebung der Hypothek behindert. Denn die Aufhebung bringt dem Grundstück nur einen rechtlichen Vorteil; der Eigentümer handelt also durch die Zustimmung nicht verbotswidrig (JFG 4, 418). War aber dem Hypothekengläubiger rechtswirksam verboten, über die Hypothek zu verfügen, so ist die Aufhebung unwirksam (JFG 4, 421).

2. Die gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger zu erklärende Zustimmung des Eigentümers bedarf zur materiellrechtlichen Gültigkeit keiner bestimmten Wortfassung (RG 52, 416) und keiner Form (§ 875 A 7, 8). Formellrechtlich ist allerdings zur Begründung des Löschungsantrags, der nicht nur vom Eigentümer, sondern auch vom Gläubiger (formlos: § 30 GBO) gestellt werden kann (§ 13 GBO), erforderlich, daß sowohl die Aufhebungserklärung des Gläubigers (§ 19 GBO) als auch die Zustimmung des Eigentümers (§ 27 GBO) in der Form des § 29 GBO erteilt ist (RJA 4, 168; KGJ 43, 148). Die Löschungsbewilligung (Aufhebungserklärung) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; sie wird nach § 130 erst wirksam, wenn sie einem Empfangsberechtigten zugeht (KGJ 24 A 216; 37 A 223; 43, 149; OLG 5, 407). Als empfangsberechtigt ist nicht nur das Grundbuchamt, sondern auch derjenige anzusehen, zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben wird (KGJ 37 A 223; 43, 149). Dies ist besonders von Bedeutung, wenn ein Dritter in Vertretung des Gläubigers die Löschungsbewilligung erklärt hat und es sich fragt, ob zur Zeit des Zugehens an das Grundbuchamt oder an den Begünstigten die Vertretungsmacht noch bestand (KGJ 43, 151). Einer Aufhebungserklärung (oder deren Ersatz durch Urteil gemäß § 894 ZPO) steht für die Vornahme der Löschung gleich eine Löschungsbewilligung (§ 1168 A 1; RJA 3, 36). Der die Zustimmung des Eigentümers formellrechtlich erfordernde § 27 GBO bezieht sich übrigens nicht bloß auf die rechtsgeschäftliche Aufhebung, sondern auf jede Löschung einer Hypothek, insbesondere auch auf die Fälle, in denen die Hypothek kraft Gesetzes erloschen ist, also die Entstehung einer Eigentümerhypothek nicht in Frage kommen kann und die Löschung lediglich zur Berichtigung des Grundbuchs erfolgt (RG 72, 367; KGJ 24 A 137; 25 A 318; 26 A 254; OLG 26, 172: materiellrechtlich hat eine solche Zustimmung, z. B. für die Frage des Erfordernisses einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, keine Bedeutung). Formellrechtlich (nicht auch nach BGB: RJA 3, 42) ist ferner gemäß § 40 GBO (Ausnahme § 41) erforderlich, daß der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist (KGJ 26 A 254; 27 A 146; RJA 4, 267; OLG 5, 300).

3. Die Bedeutung der **Unwiderruflichkeit** der Zustimmung ist erörtert in § 875 A 9, § 876 A 8.

§ 1184

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden [1]), daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt [2]) und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann [3]) (Sicherungshypothek).

Die Hypothek muß im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden [4]).

E I 1125, 1126 II 1092; M 3 764; P 3 678.

1. Bestellt wird die Sicherungshypothek, wie die Verkehrshypothek, gemäß § 873 durch Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger und Eintragung. Jedoch müssen die Beteiligten sich über das Wesen der Sicherungshypothek klar sein und namentlich ihren Willen darauf richten, daß die Forderung nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehen und für den Eigentümer alle Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältnisse gegenüber der dinglichen Klage jedes Erwerbers gegeben sein sollen (§ 1185 Abs 2). Daß dabei das Wort „Sicherungshypothek" gebraucht wird, ist nicht unbedingt notwendig (KGJ 34 A 325). Wird die Einigungserklärung eines Teiles durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt, so muß die Verurteilung deutlich auf Bewilligung der Eintragung einer Sicherungshypothek lauten. Sonst kann von dem andern Teil nur die Eintragung einer Verkehrshypothek verlangt werden. Die zu sichernde Forderung ist bei der Bestellung der Sicherungshypothek in gleicher Weise anzugeben wie bei der Bestellung einer Verkehrshypothek (§ 1113 A 5; KGJ 35 A 283). Über die Fälle, in denen Sicherungshypotheken kraft Gesetzes entstehen oder im Wege der Zwangs-

vollstreckung eingetragen werden, vgl. die Vorbem 3, 4, 5 vor § 1113 sowie § 873 A 1. Auch auf diese Sicherungshypotheken finden grundsätzlich die Vorschriften über die vertragsmäßige Sicherungshypothek Anwendung (RG 78, 407; 105, 77). Für die wichtigsten von ihnen, die Sicherungshypotheken für die Forderungen gegen den Ersteher eines zwangsversteigerten Grundstücks und die Arrest- und Zwangshypotheken, sind aber einige Sondervorschriften gegeben. Daraus sind hervorzuheben: ZVG § 130 Abs 1 Satz 2 (Ersichtlichmachung im Grundbuch, daß die Eintragung auf Grund eines Zwangsversteigerungsverfahrens erfolgt ist); § 128 Abs 3 Satz 2 (die Hypothek kann im Falle der Vereinigung mit dem Eigentum nicht zum Nachteil bestehengebliebener Rechte usw. geltend gemacht werden; vgl. dazu RJA 12, 276: die Forderung gegen den Ersteher, der das Bargebot nicht berichtigt hat, kann, wenn auch er mit einem Recht am Grundstück beteiligt war, auf ihn selbst übertragen, und es kann für ihn die Eintragung einer Sicherungshypothek vom Vollstreckungsgericht veranlaßt werden, falls sein Recht mit dem Recht eines Dritten belastet ist); § 128 Abs 1, 2, § 129 (Rangverhältnisse unter mehreren Sicherungshypotheken). Eine Arrest- oder Zwangshypothek kann nicht als Gesamthypothek an mehreren Grundstücken eingetragen werden. Auch gelten für sie hinsichtlich der Entstehung einer Eigentümerhypothek Sondervorschriften (§§ 1132 A 3, 1177 A 2). Wegen der auch für Arresthypotheken geltenden (RG 60, 279; RJA 1, 20) Vorschrift des § 866 ZPO, daß eine Zwangshypothek nur für einen die amtsgerichtliche Zuständigkeitsgrenze in Vermögensstreitigkeiten unter Berücksichtigung der §§ 4, 5 ZPO übersteigenden Betrag (jetzt 1000 RM) eingetragen werden darf, sind zahlreiche Streitfragen entstanden, auf die hier nicht einzugehen ist. Die Arresthypothek ist eine Höchstbetrags-Sicherungshypothek (§ 1190) in Höhe des nach § 923 ZPO festgestellten Betrags (§ 932 Abs 1 ZPO). — Eine für eine Bauarbeitenforderung bestellte Verkehrshypothek ist nicht deshalb eine Sicherungshypothek, weil der Bau noch nicht fertiggestellt ist (RG Gruch 50, 990). Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß sie nach außen als Verkehrshypothek, dagegen im Innenverhältnisse zwischen den Beteiligten als Sicherungshypothek, insbesondere Höchstbetragshypothek, gelten soll (RG 60, 247; Gruch 51, 378; Warn 1917 Nr 19; § 1190 A 4 a. E.).

2. Das wesentliche Merkmal der Sicherungshypothek besteht darin, daß **das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt.** Das hat in Verbindung mit dem die Anwendung der §§ 1138, 1156 ausschließenden § 1185 Abs 2 die Bedeutung, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei der Sicherungshypothek nicht, wie bei der Verkehrshypothek, auch für die Forderung gilt. Die Sicherungshypothek ist also für den Gläubiger von dem wirklichen Bestehen seiner Forderung abhängig (RG 90, 150; Warn 1919 Nr 115). Nicht nur der Schuldner kann gegenüber dem persönlichen Anspruch der Schuldklage, sondern auch der Eigentümer kann stets gegenüber dem dinglichen Anspruch der Klage aus der Hypothek (§ 1138 A 1) alle gegen die persönliche Forderung begründeten Einwendungen (§ 1137 A 1—3) geltend machen. Diese Einwendungen stehen also dem dinglich verklagten Eigentümer auch dann zu, wenn der klagende Hypothekengläubiger nicht der ursprüngliche Gläubiger, sondern ein gutgläubiger Erwerber der Sicherungshypothek ist. Das gilt in den Grenzen der §§ 406—408 auch für solche Einwendungen, die sich auf Tatsachen gründen, die erst nach der Übertragung der Hypothek an den Erwerber eingetreten sind (§ 1185 A 2, 5). — Dagegen gilt der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892) für den Bestand des dinglichen Rechts auch bei der Sicherungshypothek. Daher kann dem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek von dem mit der dinglichen Klage belangten Eigentümer z. B. nicht entgegengesetzt werden, daß die Hypothek wegen fehlender oder nichtiger Einigung über die Hypothekbestellung nicht bestehe oder daß der als Gläubiger eingetragene Rechtsurheber nicht der wahre Gläubiger sei, sofern nicht die solche Einwendungen begründenden Tatsachen sich aus dem Grundbuch ergeben. Auch gegen Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen, ist der gutgläubige Erwerber nach Maßgabe des § 1157 wie bei der Verkehrshypothek geschützt, da diese Einreden sich nicht gegen die Forderung richten (RG 74, 215).

3. Wie bei der Sicherungshypothek die Forderung nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) steht (A 2), so kann bei ihr **der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung** auch **nicht** (wie bei der Verkehrshypothek gemäß §§ 891, 1138) **auf die Eintragung berufen** (§ 1185 A 2). Er muß vielmehr ebenso wie bei der Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner auf Bestreiten des mit der dinglichen Klage belangten Eigentümers die Entstehung der Forderung nachweisen. Denn im Falle des Nichtentstehens wäre er nicht Gläubiger der Hypothek; diese würde vielmehr nach § 1163 Abs 1 Satz 1 dem Eigentümer selbst zustehen (RG Gruch 52, 1070; Warn 1914 Nr 291; 1919 Nr 115; JW 1911, 277[4]). Wenn ein rechtskräftiges Urteil beigebracht wird und feststeht, daß die durch das Urteil festgestellte Forderung in die Hypotheksicherung fällt, bedarf es keines weiteren Beweises. Dagegen genügt nicht ohne weiteres eine vollstreckbare Urkunde, auch nicht, wenn sie die Grundlage für die Eintragung der Sicherungshypothek gemäß § 866 ZPO (Zwangshypothek) gebildet hat. Ist z. B. die Hypothek für eine Bürgschaftsschuld bestellt, so beweist die Urkunde noch nicht die Fälligkeit oder gar das Bestehen der Forderung (RG

JW 1911, 277[4]). Streiten der Gläubiger der Sicherungshypothek und ein nachstehender Hypothekengläubiger, zu dessen Gunsten eine Löschungsvormerkung (§ 1179) bei der Sicherungshypothek eingetragen ist, um die Zuweisung des im Zwangsversteigerungsverfahren auf die Sicherungshypothek entfallenen Versteigerungserlöses, so muß der Gläubiger dieser Hypothek das Bestehen der gesicherten Forderung beweisen, gleichviel ob er oder der Vormerkungsberechtigte die klagende Partei ist. Denn kraft der Vormerkung, die im Falle des Nichtbestehens der Forderung sowohl den Gläubiger wie den Eigentümer verpflichtet, den auf die Eigentümergrundschuld (§ 1185 A 4) entfallenen Erlösteil nicht in Anspruch zu nehmen (§ 1179 A 7), steht der Vormerkungsberechtigte im Verhältnis zum Gläubiger hinsichtlich der Erfordernisse für die Geltendmachung der Sicherungshypothek dem Eigentümer gleich (RG Gruch 52, 1072). Erhebt der Grundstückseigentümer mit der Behauptung, die durch die Hypothek gesicherte Forderung sei nicht zur Entstehung gelangt, gegen den eingetragenen Gläubiger die Grundbuchberichtigungsklage aus § 894 auf Bewilligung der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1) oder auch (RG Gruch 58, 670; RG 86, 305; 91, 226) auf Bewilligung der Löschung, so hat der beklagte Buchgläubiger, der sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, ebenso wie bei der negativen Feststellungsklage bezüglich einer Forderung die Beweislast dafür, daß die Forderung zur Entstehung gelangt ist, sofern sich nicht schon aus den Eintragungsurkunden ein Beweis dafür ergibt (RG Warn 1919 Nr 115). Dies gilt namentlich dann, wenn die Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 Abs 2) bestellt ist (RG Warn 1914 Nr 76, 291; § 894 A 5). Für das dingliche Recht dagegen streitet auch bei der Sicherungshypothek die Vermutung aus § 891. Der Gläubiger braucht daher z. B. nicht zu beweisen, daß die Hypothek rechtsgültig begründet ist. Wenn er als Gläubiger eingetragen ist, braucht er auch nicht darzutun, daß er die Hypothek rechtswirksam erworben hat. — Nach § 10 Abs 1 Nr 6 AufwG können Forderungen, die durch Sicherungshypotheken gesichert sind, mit Ausnahme von Darlehnsforderungen, nach allgemeinen Vorschriften (Vorbem. 7 vor § 1113) höher oder niedriger aufgewertet werden als zu dem sonst für Forderung und Hypothek geltenden (§§ 4, 9) Normalsatz von 25% (§ 1185 A 4).

4. Abs 2 bestimmt zur Verhütung von Täuschungen über den Inhalt des Rechts (M 3, 765) zwingend, daß **die Hypothek im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden muß.** Diesem gesetzlichen Erfordernis genügt auch eine Beschreibung, aus der sich unzweifelhaft ergibt, daß es sich um eine Sicherungshypothek handelt (RG Gruch 52, 1069; KGJ 34 A 325). War die Einigung auf Bestellung einer Sicherungshypothek gerichtet (A 1), ist aber die Bezeichnung als Sicherungshypothek in das Grundbuch (aus Versehen) nicht aufgenommen worden, so ist die Hypothek nichtig. Mithin kann Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) verlangt werden. Für den gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber gilt allerdings solch eine Hypothek als Verkehrshypothek. Den umgekehrten Fall, daß die Eintragung einer Verkehrshypothek bewilligt, aber versehentlich eine Sicherungshypothek eingetragen ist, behandelt § 873 A 10. — Die Inhaber- und Order-Sicherungshypotheken der §§ 1187 ff., die Höchstbetrags-Sicherungshypothek des § 1190 und die im Grundbuch als Bauhypothek bezeichnete Hypothek des § 27 RGes. betr. die Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 1909 gelten auch dann als Sicherungshypotheken, wenn sie nicht als solche im Grundbuch bezeichnet sind. Bei der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek (§ 867 Abs 1 ZPO) ist zwar nicht zur rechtswirksamen Entstehung der Hypothek, aber zur ordnungsmäßigen Erledigung des Eintragungsantrags die Angabe erforderlich, daß die Hypothek im Zwangsvollstreckungswege eingetragen ist, soweit dies nicht durch die Bezeichnung des vollstreckbaren Titels schon ersichtlich gemacht wird (KGJ 49, 228). Diese grundbuchmäßige Klarstellung ist deshalb nötig, weil für die Zwangshypothek einige Besonderheiten gegenüber der Vertragssicherungshypothek gelten, z. B. nach § 868 ZPO hinsichtlich ihres Erwerbs durch den Eigentümer, nach § 867 Abs 1 Satz 3 ZPO hinsichtlich der Haftung des Grundstücks für die Eintragungskosten (RG 78, 406; § 1118 A 3).

§ 1185

Bei der Sicherungshypothek ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen [1]).

Die Vorschriften der §§ 1138 [2]), 1139 [3]), 1141 [4]), 1156 [5]) finden keine Anwendung [6]).

E I 1127, 1128 II 1093; M 3 765; P 3 682.

1. Während die Verkehrshypothek nach § 1116 Abs 1 Briefhypothek ist, wenn sie nicht gemäß § 1116 Abs 2 ausdrücklich als Buchhypothek bestellt wird (§ 1116 A 2—4), ist **bei der Sicherungshypothek die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen.** Eines entsprechenden Vermerks im Grundbuch, wie bei der Verkehrshypothek (§ 1116 Abs 2), bedarf es hier nicht, da aus der nach § 1184 Abs 2 notwendigen Bezeichnung der Hypothek als Sicherungshypothek (bei Inhaber- oder Orderhypotheken des § 1187 aus der Art der Forderung, bei der Höchstbetragshypothek

des § 1190 aus der Höchstbetragseintragung) sich von selbst ergibt, daß die Hypothek eine Buchhypothek ist. Daher müssen auch gutgläubige Dritte die Hypothek als Buchhypothek ohne weiteres gelten lassen. Demnach finden die auf die Briefhypothek bezüglichen Vorschriften auf die Sicherungshypothek keine Anwendung. Insbesondere sind nicht anwendbar die §§ 1117 (Hypothekerwerb durch Briefübergabe), 1140, 1155, 1157 Satz 2 (Brief gleichstehend dem Grundbuch), 1144, 1145, 1150, 1167, 1168 Abs 3 (Aushändigung oder Vorlegung des Briefs zur Grundbuchberichtigung), 1152 (Teilbrief), 1154 Abs 1, 2 (Abtretung der Briefhypothek), 1160, 1161 (Vorlegung des Briefs bei der Geltendmachung der Hypothek), 1163 Abs 2 (Eigentümergrundschuld bis zur Übergabe des Briefs), 1162, 1170 Abs 2 Satz 2, 1171 Abs 2 Satz 2 (Kraftloserklärung des Briefs).

2. **Da die Vorschrift des § 1138,** wonach die §§ 891—899 für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden gelten, auf die Sicherungshypothek **keine Anwendung** findet, so kann zunächst nicht nur bei der Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner, sondern auch bei der dinglichen Klage gegen den Eigentümer aus der Hypothek der Gläubiger sich für das Bestehen der Forderung nicht auf die Vermutung des § 891 berufen (§ 1184 A 2, 3). Er muß vielmehr im Falle des Bestreitens die Entstehung der Forderung zur Begründung der Klage beweisen (**RG** 123, 170). Auch steht ihm selbst dann, wenn er die Hypothek gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben hat, hinsichtlich der Einwendungen und Einreden, die dem Eigentümer gegen die Forderung gegeben sind (§ 1137 A 1ff.; § 1156 A 3 a. E.), nicht so wie bezüglich der Einwendungen und Einreden gegen das dingliche Hypothekenrecht der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäß § 892 zur Seite (auch wenn die Einwendungen sich nicht auf die Nebenleistungen usw. beziehen, für die schon die §§ 1158, 1159 Ausnahmebestimmungen geben: **RG** 106, 82). Daraus ergibt sich weiter von selbst, daß insoweit auch die §§ 894—899 vom Gesetz für unanwendbar zu erklären waren (OLG 26, 11). Hinsichtlich des dinglichen Rechts dagegen gelten diese Vorschriften auch für die Sicherungshypothek (z. B. Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, Eintragung eines Widerspruchs wegen Nichtigkeit der Hypothekeintragung). Daß auch § 1157 auf die Sicherungshypothek Anwendung findet, ist bereits in § 1184 A 2 bemerkt. Was sodann die Unanwendbarkeit des § 893 in Ansehung der Forderung anlangt, so wird man in Anbetracht des engen Zusammenhangs der Sicherungshypothek mit der Forderung annehmen müssen, daß Leistungen an den (nicht wahren) Buchgläubiger den Eigentümer (trotz guten Glaubens) nicht befreien (str.). Bei Rechtsgeschäften des Gläubigers mit dem Bucheigentümer oder des Eigentümers mit dem Buchgläubiger (z. B. Änderung der Zahlungsbedingungen) ist hinsichtlich der Wirksamkeit zu unterscheiden, ob sie die Forderung (z. B. Kündigung: A 4) oder das dingliche Recht betreffen.

3. **Die Vorschrift des § 1139,** betreffend die Eintragung eines Widerspruchs wegen unterbliebener Auszahlung des gegen Hypothek zugesagten Darlehns, ist deshalb für **unanwendbar** erklärt, weil der Eigentümer gegen die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs der mit einer Forderung noch nicht versehenen Hypothek schon dadurch geschützt ist, daß bei der Sicherungshypothek der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nicht auch auf die Forderung erstreckt (A 2).

4. Infolge der **Unanwendbarkeit des § 1141** und angesichts des Grundsatzes, daß die Sicherungshypothek überhaupt von der Forderung, also auch ihre Fälligkeit von der Fälligkeit der Forderung abhängt, ist die Kündigung hier nicht wie bei der Verkehrshypothek wirksam, wenn sie zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, erklärt ist, sondern nur dann, wenn sie vom Gläubiger gegenüber dem persönlichen Schuldner oder von diesem gegenüber jenem erklärt wird. Der (vom persönlichen Schuldner verschiedene) Eigentümer muß diese Kündigung gegen sich gelten lassen. Vgl. auch A 2 wegen der Unanwendbarkeit des § 893 auf die Kündigung (gegenüber dem Buchgläubiger oder dem Bucheigentümer). — Wird eine Sicherungshypothek nach dem AufwG auf den Normalsatz von 25% (§ 4), die Forderung aber beim Vorliegen eines der Ausnahmefälle des § 10 nach allgemeinen Vorschriften über den Normalsatz hinaus aufgewertet (§ 1184 A 3 a. E.), so ist die Unanwendbarkeit des § 1141 auch dann von Bedeutung, wenn der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist. In solchem Falle kann das Kündigungsrecht nach § 25 Abs 2 von dem Eigentümer nur in seiner Eigenschaft als persönlicher Schuldner und, da der Gläubiger eine Teilzahlung nicht anzunehmen braucht (§ 266 BGB), nur bezüglich des vollen Aufwertungsbetrags der Forderung ausgeübt werden, so daß erst durch eine derartige Kündigung die Fälligkeit der Forderung zu ihrem Aufwertungsbetrage sowie die Fälligkeit der für einen Teil dieses Betrags fortbestehenden Sicherungshypothek herbeigeführt wird (**RG** 111, 401). Inwiefern dies von Wesentlichkeit ist für einen Anspruch aus § 1144 (auf Aushändigung der Urkunden gegen Befriedigung des Gläubigers), ist dort in A 2 erörtert.

5. Aus der **Unanwendbarkeit des § 1156** folgt, daß der Eigentümer, anders als bei der Verkehrshypothek, gegenüber der dinglichen Klage eines (sei es auch gutgläubigen) rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Sicherungshypothek ebenso wie der persönliche Schuldner gegenüber der Schuldklage des neuen Gläubigers (Zessionars) Einwendungen nach Maßgabe der §§ 406—408 (Aufrechnung gegen den bisherigen Gläubiger; Leistung an diesen; nochmalige Abtretung: § 1156

A 3) geltend machen kann, obwohl die Tatsachen, auf die sich diese Einwendungen gründen, erst nach der Übertragung eingetreten sind.

6. Abgesehen von den nach §§ 1184 A 2, 3, 1185 A 2—5 unanwendbaren Vorschriften und von den nach § 1184 A 1, 4 für die Bestellung geltenden Besonderheiten **finden alle übrigen auf die Buchhypothek** (A 1) **bezüglichen Vorschriften** auch auf die Sicherungshypothek **Anwendung** (RG 49, 165; KGJ 28 A 270). Insbesondere erfolgt die Abtretung der Sicherungshypothek (und die Belastung mit Nießbrauch oder Pfandrecht) gemäß §§ 1154 Abs 3, 873 (und §§ 1069, 1274, 1291) durch Einigung und Eintragung (§ 1154 A 7; OLG 12, 133; 18, 204). Sonderbestimmungen gelten aber für die Inhaber- und Orderhypotheken (§ 1187 Satz 3) und für die Höchstbetragshypothek (§ 1190 Abs 4). Ferner darf auch bei der Sicherungshypothek nach § 1153 Abs 2 die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden (KGJ 28 A 270; OLG 18, 204). Eine Ausnahme gilt allerdings auch in dieser Hinsicht gemäß § 1190 Abs 4 für die Höchstbetragshypothek. Weiter ist die Sicherungshypothek, auch die Höchstbetragshypothek, in gleicher Weise wie die Verkehrshypothek der Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs 1) und der Hypothek des Eigentümers (§ 1177 Abs 2) zugänglich (RG 49, 165; 55, 217; 61, 39; Gruch 52, 1070). Die Sicherungshypothek wandelt sich also, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, kraft Gesetzes in eine Buchgrundschuld des Eigentümers um (RJA 8, 282; KGJ 28 A 135). Der als Gläubiger Eingetragene ist dann nicht (mehr) berechtigt, über die Hypothek zu verfügen, insbesondere nicht, sie an einen andern abzutreten. Daher ist z. B. die Eintragung der Abtretung einer Sicherungshypothek vom Grundbuchamt abzulehnen, wenn die hypothekarisch gesicherte Forderung nach den Erklärungen in der Abtretungsurkunde zum Teil getilgt ist, die Hypothek aber trotzdem zum ganzen Betrage an einen andern abgetreten wird (a. M. OLG 18, 204 mit der Begründung, daß durch die Umschreibung auf den Zessionar der Bestand der Eigentümergrundschuld nicht berührt werde).

§ 1186

Eine Sicherungshypothek kann in eine gewöhnliche Hypothek, eine gewöhnliche Hypothek kann in eine Sicherungshypothek umgewandelt werden [1]). Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich [2]).

E I 1134 II 1095; M 3 776; P 3 692.

1. Die **Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek** stellt sich ebenso wie die Umwandlung **einer gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungshypothek** als Änderung des Inhalts der Hypothek dar. Mithin erfordern beide Umwandlungen gemäß §§ 877, 873 die Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer, für deren Form, Bindung usw. nichts Besonderes gilt (§ 873 A 7—9, 13—17), und die Eintragung (RG 49, 165; KGJ 21 A 158; 46, 233; RJA 11, 241; OLG 41, 181). Erst wenn die Umwandlung eingetragen ist, kann der Gläubiger über die Hypothek in der umgestalteten Form verfügen (KGJ 21 A 158). Vor der Eintragung der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Briefhypothek kann also die (erstrebte) Briefhypothek auch nicht gemäß §§ 1154, 1117 abgetreten werden (RG 11. 4. 1931 V 248/30). — Die Sicherungshypothek (gleichviel ob gewöhnliche oder Höchstbetragshypothek: § 1190 A 1) kann in eine Buch- oder in eine Briefverkehrshypothek umgewandelt werden. Ein Brief ist nur dann zu erteilen, wenn dies ausdrücklich vereinbart worden ist. Andernfalls muß angenommen werden, daß die Hypothek, wie sie bisher Buchhypothek war, auch ferner Buchhypothek bleiben soll (RJA 8, 282; OLG 29, 372; § 1116 A 2). Bei der Umwandlung in eine Buchverkehrshypothek bedarf es nicht der Eintragung eines Vermerks gemäß § 1116 Abs 2 Satz 3, daß die Erteilung des Briefs ausgeschlossen sei. Vielmehr gilt die umgewandelte Hypothek als Buchhypothek, wenn nicht gemäß § 1116 Abs 3 im Grundbuch vermerkt ist, daß die Ausschließung der Erteilung des Briefs aufgehoben sei (§ 1116 A 2). Soll ein Brief erteilt werden, so ist er gemäß §§ 56 ff. GBO herzustellen und nach § 60 Abs 1 GBO dem Gläubiger auszuhändigen. Im Falle der Umwandlung einer Briefhypothek in eine Sicherungshypothek (gewöhnliche oder Höchstbetragshypothek) wird das hypothekarische Recht gemäß § 1185 Abs 1 zum Buchrecht, auch wenn über die Ausschließung der Brieferteilung eine besondere Einigung und Eintragung gemäß § 1116 Abs 2 nicht erfolgt. Der Brief ist gemäß § 69 GBO unbrauchbar zu machen; eine mit ihm verbundene Schuldurkunde ist abzutrennen. — Die Wirkung der Umwandlung besteht bei der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek hauptsächlich darin, daß von dem Zeitpunkt des Zusammentreffens der Einigung und der Eintragung ab der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich gemäß § 1138 auch auf die Forderung erstreckt. Einwendungen, die bisher gegen die Forderung und somit auch gegenüber dem dinglichen Anspruch geltend gemacht werden konnten (§§ 1184 A 2, 1185 A 2, 5), bleiben aber bestehen, sofern nicht ein Verzicht des Eigentümers auf sie nach der Sachlage anzunehmen ist. Im Falle der Umwandlung einer Brief-

oder Buchverkehrshypothek in eine Sicherungshypothek untersteht die Hypothek von nun an den Vorschriften der §§ 1184, 1185. — Bei der Umwandlung kann zugleich auch eine Zinserhöhung erfolgen. Vgl. hierüber, namentlich für den Fall der Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek, § 1119 A 1—4. Ferner kann bei der Umwandlung zugleich an die Stelle der bisherigen (bei der Höchstbetragshypothek nunmehr festgestellten) Forderung gemäß § 1180 eine andere Forderung gesetzt werden (RJA 11, 241; OLG 41, 181; vgl. für den Fall der Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek § 1190 A 1). Zulässig ist auch die Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek. Denn jene hat gegenüber dieser nach § 1190 wesentliche Besonderheiten; es handelt sich also um eine Änderung des Inhalts. Diese Umwandlung vollzieht sich durch Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger gemäß §§ 877, 873 und Festsetzung der Forderung dem Betrage nach (oder auch gleichzeitige Einsetzung einer neuen bestimmten Forderung nach § 1180: RJA 3, 154). So kann auch eine Arresthypothek (auf Grund eines Arrestbefehls gemäß § 932 ZPO eingetragene Höchstbetragshypothek) nach Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels für die gesicherte Forderung im Wege der Umwandlungsvereinbarung nach §§ 877, 1186 in eine Zwangshypothek (auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels gemäß § 866 ZPO eingetragene Sicherungshypothek) umgewandelt werden. Die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger wird hier durch den Schuldtitel und den Antrag des Gläubigers auf Umschreibung ersetzt (RJA 11, 54; OLG 44, 177). Die Umwandlung einer Sicherungs- oder einer Verkehrshypothek in eine Grundschuld und umgekehrt ist zugelassen durch § 1198. — Eine vertragliche Verpflichtung zur Umwandlung wirkt nur schuldrechtlich und ist nicht eintragungsfähig (OLG 6, 123). Ein Ersatz der Bewilligung zur Eintragung der Umwandlung kann durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO geschaffen werden (**RG** 49, 165).

2. **Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich,** weil die Umwandlung keine höhere Belastung des Grundstücks herbeiführt. Nach **RG** Warn 1909 Nr 360 ist aber die Umwandlung einer für eine bedingte Forderung bestellten Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek oder Grundschuld nur mit Zustimmung solcher Hypothekengläubiger zulässig, die lediglich mit Rücksicht auf die Bedingtheit der Forderung den Vorrang vor ihren Hypotheken eingeräumt haben. Soll zugleich mit der Umwandlung eine höhere Belastung (z. B. durch Erhöhung der Zinsen über 5%: § 1119 Abs 1) erfolgen, so ist die Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten erforderlich. Ist ferner für einen nachstehenden Hypothekengläubiger eine Löschungsvormerkung gemäß § 1179 bei der Hypothek eingetragen, so bedarf es seiner Zustimmung, widrigenfalls die Umwandlung ihm gegenüber unwirksam ist; denn die Umwandlung stellt sich als eine Verfügung des Eigentümers über die Hypothek dar (§ 1179 A 7). Ist die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet, so muß der Dritte gemäß §§ 877, 876 seine Zustimmung erteilen. Dagegen bedarf es nicht der Zustimmung des persönlichen Schuldners, der nicht zugleich Eigentümer ist. Denn die Umwandlung berührt das persönliche Schuldverhältnis nicht. Das gilt auch dann, wenn eine Sicherungshypothek (z. B. eine Höchstbetragshypothek unter Feststellung der Forderung zwischen Gläubiger und Eigentümer) in eine Verkehrshypothek umgewandelt und somit die Forderung unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gestellt wird. Denn auch diese Rechtsänderung hat nur Wirkung in Ansehung des dinglichen Anspruchs des Gläubigers gegen den Eigentümer (§ 1138), nicht in Ansehung der persönlichen Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner (RJA 3, 155).

§ 1187

Für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, kann nur eine Sicherungshypothek bestellt werden [1]. Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist [2]. Die Vorschrift des § 1154 Abs 3 findet keine Anwendung [3].

E II 1097; P 3 667, 676, 678; 6 250.

1. Um die dauernde inhaltliche Übereinstimmung des persönlichen und des dinglichen Anspruchs zu erzielen, **kann für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber** (§§ 793ff.; ScheckG v. 11. 3. 1908 § 4; nicht aus Urkunden des § 808), **aus einem Wechsel** (WO Artt 4ff., 9ff., 36, 39, 48, 73, 74, 82) **oder aus einem andern Orderpapier** (§ 363 HGB, z. B. aus kaufmännischen Anweisungen oder kaufmännischen Verpflichtungsscheinen; ferner ScheckG v. 11. 3. 1908 § 8) keine Verkehrshypothek, sondern **nur eine Sicherungshypothek** (§§ 1184, 1185) **bestellt werden.** Zur Bestellung ist nach der Regel des § 873 Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger sowie Eintragung erforderlich. Jedoch gibt § 1188 in ersterer Hinsicht

für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber eine Sondervorschrift. Bei der Eintragung wird dem Erfordernisse des § 1115 bezüglich der Angabe des Gläubigers genügt, wenn beim Inhaberpapier der jeweilige Inhaber der Schuldverschreibung, beim Orderpapier der erste Nehmer oder der durch Indossament sich ausweisende Inhaber als Gläubiger eingetragen wird (str.; RJA 2, 149; KGJ 35 B 31). Über die Eintragung einer Hypothek für Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber oder für die ihnen gleichzustellenden indossablen Teilschuldverschreibungen vgl. §§ 44, 51 GBO und **RG** 67, 246; 113, 223; JW 1908, 223[49]; 1926, 993[3]; JFG 3, 429ff. (Eintragung für den Teilbetrag einer Gesamtanleihe zugunsten der anleihegebenden Bank oder ihrer Rechtsnachfolger, nämlich der durch Indossament legitimierten Besitzer der Schuldverschreibungen); RJA 2, 147; KGJ 35 B 29; OLG 19, 287. Hervorzuheben ist: Die Hypothek kann nach § 51 Abs 1 GBO für mehrere Teilschuldverschreibungen in einem Eintragungsvermerk eingetragen werden unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Teile. Dies gilt nicht nur für Inhaber-Teilschuldverschreibungen, sondern auch für indossable Teilschuldverschreibungen (RJA 2, 147; KGJ 35 B 29). Trotz solcher Eintragung besteht aber nicht lediglich ein einziges Hypothekenrecht für einen Gläubiger, sondern eine Mehrzahl von Hypotheken, die je für sich selbständig bestehen (str.; OLG 19, 288; KGJ 38 B 70; 50, 199; § 1176 A 1). — Voraussetzung für die Bestellung ist nach § 1113, daß die Forderungen auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sind (§ 1113 A 5). Daher kann z. B. für Forderungen aus kaufmännischen Anweisungen oder Verpflichtungsscheinen auf Leistung anderer vertretbarer Sachen eine Hypothek nicht bestellt werden. Bei der Eintragung muß wegen des Erfordernisses der Bestimmtheit der Forderung (§ 1113 A 5) außer Zweifel gestellt werden, welche einzelnen Teilschuldverschreibungen durch die Hypothek gesichert werden (KGJ 53 S. 210, 213; JFG 1, 490; OLG 44, 175). — Auch eine Höchstbetragshypothek kann für die Forderungen des § 1187 bestellt werden, da § 1190 hinsichtlich der Art der Forderung keinen Unterschied macht (RJA 6, 162; JFG 4, 425). Hier findet bei der Eintragung § 51 GBO keine Anwendung, da nach § 1190 BGB an Stelle des Geldbetrags der gesicherten Forderung lediglich der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, im Grundbuch zu vermerken ist (JW 1926, 2642[2]). — Die Hypothek muß unmittelbar für das Recht aus dem Inhaber- oder Orderpapier bestellt sein. Eine Hypothek für ein von einer Bank gewährtes Darlehn, über das solche Papiere ausgestellt werden sollen, ist keine Hypothek im Sinne der §§ 1187ff. (OLG 19, 287; KGJ 35 B 31). Eine Sicherungshypothek zur Sicherung von Forderungen aus Teilschuldverschreibungen für Inhaber, auf deren Namen sie lauten oder die sich durch Abtretung als Rechtsnachfolger ausweisen, ist nicht eintragungsfähig. Denn dabei würde es sich um eine gewöhnliche Sicherungshypothek (§ 1185) für die benannten Inhaber handeln, und deren Sondernachfolger könnten in das Gläubigerverhältnis gemäß §§ 1154 Abs 3, 873 nur eintreten, wenn sie auf Grund der Abtretung als Gläubiger in das Grundbuch besonders eingetragen würden (OLG 41, 182).

2. Die Hypothek gilt, abweichend von der Regel des § 1184 Abs 2, **als Sicherungshypothek** und damit als Buchhypothek (§ 1185 Abs 1), **auch wenn sie im Grundbuche nicht als Sicherungshypothek bezeichnet ist.** Diese Vorschrift konnte gegeben werden, weil sich aus der Art der im Eintragungsvermerk zu bezeichnenden (§ 1113 A 5; § 1115 A 8) Forderung (aus der Schuldverschreibung, aus dem Orderpapier) gemäß § 1187 Satz 1 schon von selbst ergeben muß, daß es sich um eine Sicherungshypothek handelt. Im übrigen gelten auch für diese Hypothek die allgemeinen Vorschriften über die Hypothek. Ausnahmen hiervon erörtert A 3. Auch zu einer Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld) kann diese Hypothek werden. Bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber wird sie nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 Eigentümergrundschuld, wenn der Aussteller die Urkunde vernichtet oder die Forderung aus der Schuldverschreibung nach § 801 erlischt. Bevor die Schuldverschreibung in den Verkehr gebracht wird, ist die Hypothek nach §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 Eigentümergrundschuld, da bis dahin die Forderung nicht entstanden ist (**RG** JW 1913, 200[12]; A 3 a. E.). Dadurch, daß die Schuldverschreibung im Aufgebotsverfahren (§§ 1004ff. ZPO) für kraftlos erklärt wird, erlischt die Forderung nicht; der Antragsteller kann auf Grund des Ausschlußurteils, das ihn zunächst legitimiert (**RG** Warn 1912 Nr 378; KGJ 34 A 344), gemäß § 800 von dem Aussteller die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung verlangen (a. M. KGJ 50, 199). Auch wenn der Eigentümer selbst die Schuldverschreibung erwirbt, erlischt die Forderung nicht; die Hypothek für die Schuldverschreibung wird dann zur Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs 2). — Zulässig ist auch eine Löschungsvormerkung (§ 1179) nicht nur bei Hypotheken für Orderpapiere, sondern auch bei Hypotheken für Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Auch hier wird durch die Vormerkung der Anspruch auf Löschung der zur Eigentümergrundschuld oder Eigentümerhypothek gewordenen Hypothek gegen widersprechende Verfügungen nach § 883 Abs 2 gesichert (KGJ 50, 199). Die Frage, wie bei der Eintragung einer solchen Vormerkung der Ordnungsvorschrift des § 44 GBO zu genügen ist, behandelt KGJ 50, 198.

3. Die Vorschrift des § 1154 Abs 3, welche die Übertragung einer Buchhypothek regelt, soll auf die Sicherungshypothek des § 1187 **keine Anwendung finden,** um nicht den Umlauf der Papiere im Verkehr zu hemmen. Mithin bedarf es hier zur Übertragung nicht der Eintragung

in das Grundbuch (KGJ 35 B 32; 50, 199). Vielmehr vollzieht sich die Übertragung außerhalb des Grundbuchs in derselben Weise, wie derartige Forderungen sonst (d. h. wenn sie nicht hypothekarisch gesichert sind) übertragen werden, also durch Übergabe der Schuldverschreibung auf den Inhaber und bei den Forderungen aus Orderpapieren durch Indossament (WO Artt 9—13; HGB §§ 364 Abs 1, 365 Abs 1; **RG** JW 1913, 200[12]; KGJ 50, 199). Mit der Übertragung der Forderung geht gemäß § 1153 Abs 1 auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über (**RG** JW 1913, 200[12]; RJA 2, 148; KGJ 38 B 70). Will der neue Gläubiger sich eintragen lassen, so muß er bei der Orderhypothek dem Grundbuchamt entweder die Echtheit der vorhergehenden Indossamente in der Form des § 29 GBO nachweisen, da eine Sonderbestimmung für diese Hypotheken formellrechtlich nicht gegeben ist, oder eine Eintragungsbewilligung (vgl. auch § 894 ZPO) des eingetragenen Gläubigers beibringen. Bei der Inhaberhypothek weist sich der Besitzer des Inhaberpapiers schon durch die Vorlegung des Papiers, die gemäß § 44 Abs 1 GBO erforderlich ist, als Berechtigter genügend aus (str.). — Die Belastung der Hypothek mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht erfolgt gleichfalls außerhalb des Grundbuchs (§§ 1069, 1081 Abs 2; §§ 1274, 1292, 1293; **RG** JW 1913, 200[12]). Wenn die Schuldverschreibung von dem Aussteller noch nicht in Verkehr gegeben war, wird doch durch die von ihm (auch formlos) erklärte Verpfändung und die Übergabe der Schuldverschreibung an den Pfandgläubiger ein Pfandrecht an der Forderung aus der Schuldverschreibung und damit auch an der Hypothek rechtsgültig begründet, da mit der Übergabe zum Pfande zugleich das Forderungsrecht gegen den Aussteller geschaffen wird. Die Hypothek wird damit aus der bis dahin bestehenden Eigentümergrundschuld (A 2) zur Gläubigerhypothek (**RG** JW 1913, 200[12]). Wegen der Pfändung vgl. §§ 830 Abs 3 Satz 2, 831, 837 Abs 2 sowie §§ 808, 821 ZPO.

§ 1188

Zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle [1]), und die Eintragung in das Grundbuch [2]); die Vorschrift des § 878 findet Anwendung [3]).

Die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte nach § 1170 ist nur zulässig, wenn die im § 801 bezeichnete Vorlegungsfrist verstrichen ist. Ist innerhalb der Frist die Schuldverschreibung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worden, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist [4]).

E II 1098; P 3 672, 677.

1. Abweichend von der eine Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger erfordernden Regel des § 873 **genügt** wegen der Unbestimmtheit des Gläubigers **zur Bestellung der Inhabersicherungshypothek** (nicht auch einer Orderhypothek: § 1187 A 1) außer der Eintragung **die** einseitige **Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt** (§ 875 A 7), **daß er die Hypothek** für den Inhaber der Schuldverschreibung (§ 1187 A 1) **bestelle.** Da aber diese Bestellungsart nur für „genügend" erklärt ist, kann die Bestellung, wenn das Inhaberpapier bereits begeben und der Inhaber bekannt ist, auch gemäß der Regel des § 873 durch Einigung mit diesem Inhaber erfolgen. Die Rechtsgültigkeit der Schuldverschreibung, insbesondere die Frage, ob ihre Ausgabe gemäß § 795 staatlich genehmigt ist, hat das Grundbuchamt ebensowenig zu prüfen, wie sonst die Rechtsbeständigkeit der Forderung, für die eine Hypothek bestellt wird (str.; OLG 18, 187). Die Schuldverschreibung braucht auch nicht vorgelegt zu werden. § 44 Abs 1 GBO bezieht sich, wie aus seinem Wortlaut und dem Zusammenhang mit den vorhergehenden Vorschriften folgt, nur auf spätere rechtsändernde Eintragungen bei der bereits eingetragenen Hypothek (str.; OLG 6, 105). Für das Grundbuchamt sind nach § 19 GBO die Erklärung der Hypothekbestellung und die Eintragungsbewilligung des Eigentümers, die in der Form des § 29 GBO abzugeben sind, allein maßgebend (str.). Anders verhält es sich bei der Bestellung einer Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs (§ 1195 A 1).

2. Über den Inhalt der **Eintragung in das Grundbuch** vgl. § 1187 A 1.

3. Nach dem **anzuwendenden** § 878 ist der Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers nach Stellung des Eintragungsantrags auf die Wirksamkeit der Bestellungserklärung ohne Einfluß.

4. Abs 2 gibt für die Inhaberhypothek (nicht auch für die Orderhypothek) hinsichtlich der **Ausschließung des unbekannten Gläubigers** im Wege des Aufgebotsverfahrens **nach § 1170** eine Sondervorschrift über die Frist, deren Ablauf dort erfordert wird. **Die im § 801 bezeichnete Vorlegungsfrist, die verstrichen sein muß,** ist entweder die aus § 801 Abs 1 Satz 1 sich ergebende

gesetzliche oder die gemäß § 801 Abs 3 von dem Aussteller der Urkunde bestimmte. In den Fällen des Abs 2 Satz 2 **verlängert sich die Frist um die zweijährige Verjährungsfrist** des § 801 Abs 1 Satz 2. Eine entsprechende Vorschrift findet sich in § 986 Abs 2 ZPO.

§ 1189

Bei einer Hypothek der im § 1187 bezeichneten Art kann für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten [1]. Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich [2].

Ist der Eigentümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen [3].

E II 1099; P 3 674, 677; 6 259.

1. **Der bei einer Inhaber- oder einer Orderhypothek des § 1187 für den jeweiligen Gläubiger bestellte Vertreter** (sog. „Treuhänder" oder Grundbuchvertreter: **RG** 117, 372) ist kein Treuhänder im eigentlichen Sinne (**RG** 133, 87), sondern dinglich Berechtigter als Vertreter der Forderungsgläubiger. Nur in dieser Eigenschaft steht ihm das dingliche Recht zu (**RG** 131, 298). Er hat nach außen eine vom Wechsel der Person des Gläubigers unabhängige Vertretungsmacht (§§ 164 ff.) für denjenigen, der zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung Gläubiger der Hypothek ist. Der Umfang der Vertretungsmacht richtet sich nach den Befugnissen, die ihm bei der Bestellung innerhalb der vom Gesetz im § 1189 Abs 1 Satz 1 bestimmten Grenzen gewährt worden sind. Die Begrenzung für die Gewährung der Vertretungsmacht zieht das Gesetz dahin, daß dem Vertreter **die Befugnis erteilt werden kann, bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen mit gleicher Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger,** wie wenn sie der zeitige Gläubiger selbst getroffen hätte, **und den zeitigen Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten.** Danach ist die Gewährung der Vertretungsmacht auf das dingliche Recht beschränkt. Daher kann z. B. die Befugnis zur Vertretung bei der Geltendmachung der gesicherten Forderung nicht erteilt werden (**RG** 90, 213). Als gewährbare Befugnisse zur Verfügung über die Hypothek kommen namentlich in Betracht das Recht zu Inhalts- oder Rangänderungen und zu Löschungen, einschließlich der Entlassung von Trennstücken aus der Pfandhaft (**RG** 117, 373; RJA 15, 229; OLG 40, 54; 41, 182). Auch die Erteilung der Befugnis zu Übertragungen und Belastungen sowie zur Empfangnahme von Zahlungen (str.) ist nicht ausgeschlossen. Jedoch ist in den letzteren Fällen der Besitz der Urkunden (§ 1187 A 1) erforderlich, da diese dem Erwerber oder dem Zahlenden auszuhändigen sind (§ 1187 A 3; § 797; WO Art 39; HGB § 364 Abs 3). Zur Vornahme einer Eintragung auf Grund der Bewilligung des Vertreters oder auf Grund einer gegen ihn erlassenen gerichtlichen Entscheidung (§ 894 ZPO) bedarf es gemäß § 44 Abs 2 GBO der Vorlegung der Urkunden nicht. Ist aus der Art der Gewährung der Vertretungsmacht zu entnehmen, daß die Ausübung gewisser Befugnisse in das pflichtgemäße Ermessen des Vertreters gestellt worden ist, so ist anzunehmen, daß es sich nur um Verhaltungsmaßregeln handelt, deren Verletzung den Vertreter den Gläubigern gegenüber verantwortlich macht, aber eine Einschränkung der verliehenen Befugnis zur Vertretung Dritten gegenüber nicht enthält (OLG 41, 183). — Die Geltendmachung der Hypothek, zu der dem „Treuhänder" die Befugnis zur Vertretung des zeitigen Gläubigers (bei Inhaberhypotheken sämtlicher Gläubiger der Teilschuldverschreibungen) allgemeinhin erteilt werden kann, umfaßt sowohl die außergerichtliche als auch die gerichtliche Verfolgung des dinglichen Rechts, z. B. Mahnung, Kündigung (die letztere ist aber zugleich eine Verfügung, so daß die Befugnis dazu besonders gewährt sein muß), Erhebung der dinglichen Klage. Dagegen ist er zur Vertretung des Gläubigers (bei Inhaberhypotheken der Gläubiger der Teilschuldverschreibungen), der durch die Vertreterbestellung nicht völlig das Verfügungsrecht über die Hypothek verliert (KGJ 45, 279), nicht befugt, wenn gegen diesen Klage erhoben ist (z. B. auf Bewilligung der Löschung wegen Nichtbestehens der Hypothek). Eine Befugnis zu der hier in Frage kommenden Verfügung müßte ihm besonders erteilt sein (vgl. den oben angeführten § 44 Abs 2 GBO). — Der Vertreter ist ein durch Rechtsgeschäft bestellter Vertreter im Sinne des § 166 Abs 2 (Bevollmächtigter des Gläubigers), nicht gesetzlicher Vertreter, da ihm die Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft erteilt wird und das Gesetz diese Erteilung (innerhalb bestimmter Grenzen) nur für zulässig erklärt (str.; **RG** JW 1906, 199[18]; OLG 20, 423; 41, 184; KGJ 51, 306). Daß einem Vertreter nach § 14 RGes. betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. 12. 1899 (ergänzt und geändert durch RGes. v. 14. 5. 1914, VO v. 24. 9. 1932 und RGes. v. 20. 7. 1933) im Rechtsstreit für die Gesamtheit

der Gläubiger die „Stellung eines gesetzlichen Vertreters" zugewiesen wird, ist eine Sonderbestimmung, die sich überdies nur auf den von den Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes einseitig bestellten Vertreter (s. unten) bezieht (RG JW 1906, 199[18]; RG 90, 215; 117, 372). Hierdurch wird aber gerade bestätigt, daß der Vertreter sonst nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Insbesondere ist im Falle der Geltendmachung der Hypothek durch Klagerhebung der Vertreter nicht als Pfleger im Sinne des § 53 ZPO anzusehen; der Gläubiger steht also für den Rechtsstreit nicht einer prozeßunfähigen Person gleich (str.). Vielmehr kann der Gläubiger den Rechtsstreit selbst führen, wie er durch die Bestellung des Vertreters nicht behindert ist, über die Hypothek selbst zu verfügen. Im Rechtsstreit ist er Partei, auch wenn der Vertreter den Rechtsstreit für ihn führt (RG JW 1906, 199[18]). Allerdings kann der Eigentümer bei der Inhaberhypothek den Vertreter durch einseitige Erklärung bestellen (A 2). Aber auch hier bestellt der Eigentümer den Vertreter nicht für sich, sondern für den jeweiligen Gläubiger (bei Inhaberhypotheken die jeweiligen Gläubiger der Teilschuldverschreibungen). Indem der Gläubiger das Gläubigerrecht mit dem Inhalt erwirbt, daß der Vertreter zu seiner Vertretung befugt sein soll, erklärt er zugleich, die Bestellung des Vertreters wie eine durch ihn selbst vorgenommene Verfügung gelten lassen zu wollen. — Die Vertretungsmacht kann aus den gleichen Gründen enden, aus denen sonst ein Vollmachtsverhältnis abläuft (z. B. durch Tod, Geschäftsunfähigkeit, Widerruf, Erlöschen des der Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses). Der Eigentümer ist aber, auch wenn er den Vertreter einseitig bestellt hat, zur einseitigen Abberufung nicht befugt; ebensowenig der Gläubiger. Vielmehr bedarf es gemäß §§ 877, 873 der Einigung zwischen ihm und dem Gläubiger (sämtlichen Gläubigern der Teilschuldverschreibungen) sowie der Eintragung (OLG 20, 423). In den Fällen des gesetzlichen Erlöschens (z. B. durch Tod, Geschäftsunfähigkeit) erlischt die Vertretungsmacht außerhalb des Grundbuchs (ohne Eintragung). Vgl. auch § 16 Abs 4 des oben erwähnten RGes. v. 4. 12. 1899 nebst Nachtragsvorschriften (Abberufung des Vertreters auf Antrag von Gläubigern durch das Amtsgericht aus wichtigem Grunde). — Im Verhältnisse des Vertreters zu den Gläubigern ist die Tätigkeit des Vertreters als Geschäftsbesorgung aufzufassen. Ob er dazu verpflichtet ist oder die Vertretung einseitig niederlegen kann, bestimmt sich nach dem der Bestellung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (z. B. Auftrag: §§ 662 ff.; Dienst- oder Werkvertrag: § 675). Die Gläubiger werden nach Maßgabe dieses Rechtsgeschäfts die Geschäftsbesorgung vom Vertreter auch dann verlangen können, wenn der Eigentümer den Vertreter einseitig bestellt hat (§ 328; KGJ 45, 274). Regelmäßig entspricht überhaupt dem Recht des Vertreters, die ihm übertragenen Befugnisse für die Gläubiger wahrzunehmen, auch die Pflicht, von den Befugnissen im Interesse der Gläubiger, soweit erforderlich, Gebrauch zu machen (z. B. Überwachung gehöriger Eintragung). Das gilt namentlich dann, wenn den Gläubigern die eigene Wahrnehmung ihrer Rechte nicht möglich ist (RG 90, 214; 117, 274). Über die Verpflichtung des Vertreters für einen besonderen Fall trifft Abs 2 Bestimmung. Auftraggeber sind der Eigentümer und der oder die Gläubiger. Daher muß eine Kündigung des Auftragsverhältnisses durch den Vertreter beiden, insbesondere jedem einzelnen Gläubiger gegenüber erfolgen (KGJ 45, 274). Die Erklärung der Kündigung gegenüber einer einberufenen Generalversammlung der Gläubiger ist nur wirksam, wenn sämtliche Gläubiger erschienen sind (KGJ 45, 274). Die Kündigung an die Gläubiger kann aber durch öffentliche Zustellung (§ 132 Abs 2 BGB; § 206 Abs 2 ZPO) bewirkt werden (OLG 20, 423). — Der durch die Aufsichtsbehörde bestellte Treuhänder der §§ 29 ff. HypBankG v. 13. 7. 1899 ist nicht Vertreter der Gläubiger im Sinne des § 1189, sondern Gehilfe der Aufsichtsbehörde (str.; RG 117, 372; OLG 18, 187). Dem auf Antrag des Baugeldgebers vom Amtsgericht bestellten Treuhänder der §§ 35, 36 RGes. über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 1909 ist die rechtliche Stellung eines Pflegers beigelegt. Auch der gemäß §§ 1, 14 des Gesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. 12. 1899 (in der Fassung der oben erwähnten Nachtragsgesetze) von der Gläubigerversammlung bestellte Gläubigervertreter hat, wie bereits dargelegt ist, eine von der des Vertreters im Sinne des § 1189 (Treuhänders) verschiedene Stellung. Letzterer ist zwar auch Vertreter der Gläubiger, steht aber nach § 1189 Abs 2 zugleich in einem Rechtsverhältnisse zu dem Grundstückseigentümer. Das ist bei jenem Vertreter nicht der Fall. Er wird ohne Zuziehung des Schuldners durch einseitigen Beschluß der Gläubigerversammlung bestellt. Seine Eintragung in das Grundbuch ist im Gesetz nicht vorgesehen und daher auch nicht zulässig (RJA 11, 229). Über die Rechtsstellung des Gläubigervertreters im übrigen vgl. RG 75, 259; 86, 21; 90, 211; RJA 13 S. 21, 101.

2. **Die Bestellung des Vertreters** betrifft den Inhalt der Hypothek. Daher ist zu ihr gemäß §§ 873, 1188 bei Inhaberhypotheken die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt genügend, dagegen bei der Orderhypothek die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger erforderlich (§ 1187 A 1; § 1188 A 1; KGJ 51, 306). Erfolgt die Bestellung erst nach der Hypothekbegründung, so handelt es sich um eine Änderung des Inhalts der Hypothek. Deshalb ist gemäß §§ 877, 873 stets die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger, bei Inhaberhypotheken mit sämtlichen Gläubigern der Teilschuldverschreibungen notwendig (RJA 6, 162; 11, 229; KGJ 45, 278; RG 90, 217). Die Bestellung ist in diesem Falle auf den dem Grundbuch-

amt vorzulegenden Urkunden (Schuldverschreibungen) zu vermerken (§ 44 Abs 1 GBO). Der Vertreter erlangt auch ohne seine besondere Zustimmung die Vertretungsmacht. Im Verhältnisse zu den Gläubigern und dem Eigentümer bestimmt sich seine Berechtigung und Verpflichtung zur Vertretung nach dem Inhalt der die Übernahme der Vertretung festsetzenden Vereinbarungen (A 1). Dies alles gilt auch dann, wenn zum Ersatz eines abberufenen oder aus einem anderen Grunde weggefallenen Vertreters ein anderer Vertreter bestellt wird, da es sich dabei auch um die nachträgliche Bestellung dieses Vertreters handelt (KGJ 45, 279). Jedoch kann bei der Bestellung eines Vertreters sogleich für den Fall seines Wegfalls ein Nachfolger bestimmt oder in anderer Weise für die Berufung eines Nachfolgers Vorsorge getroffen, z. B. die Ernennung eines Nachfolgers einer unbeteiligten dritten Stelle übertragen werden (KGJ 51, 307). Auch ist es nicht unzulässig, dem Vertreter bei seiner Bestellung das Recht zu verleihen, sich selbst einen Nachfolger zu bestimmen oder die ihm erteilte Vertretungsmacht auf einen anderen zu übertragen. Denn dadurch werden die Grenzen der im Abs 1 Satz 1 zugelassenen Gewährung von Befugnissen nicht überschritten; vielmehr bleibt die Vertretungsmacht des Nachfolgers die gleiche wie die seines Vorgängers (KGJ 51, 304). Ohne eine solche rechtsgeschäftliche Ermächtigung steht dem Vertreter, der aus persönlichem Vertrauen bestellt worden ist, die Befugnis zur Ernennung eines Nachfolgers nicht zu (KGJ 45, 282). Deshalb ist regelmäßig auch dann, wenn eine Aktiengesellschaft zum Vertreter bestellt ist und demnächst ihr Vermögen ohne Liquidation (§ 306 HGB) auf eine andere Aktiengesellschaft übertragen wird, die übernehmende Aktiengesellschaft trotz der Vermögensverschmelzung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht berechtigt, die Vertreterrechte auszuüben (OLG 34, 217). Ausnahmsweise kann aber eine abweichende Beurteilung aus den besonderen Umständen des Einzelfalles sich ergeben (DRZRspr 1933 Nr 153). War die Hypothek (Grundschuld) für die übernommene Aktiengesellschaft so bestellt, daß diese nicht Vertreterin anderer jeweiliger Gläubiger, sondern Selbstgläubigerin, wenn auch zu treuen Händen, wurde, so liegt ein Fall des § 1189 überhaupt nicht vor (JFG 7, 299). Bei Inhaberhypotheken ist die Versammlung der Gläubiger der Teilschuldverschreibungen zur Bestellung eines neuen „Treuhänders" (Vertreters) im Sinne des § 1189 nicht befugt, da grundsätzlich jeder Gläubiger für sich allein bei der nachträglichen Bestellung eines solchen neuen Vertreters mitzuwirken hat (KGJ 45, 280). Dagegen ist durch § 16 Abs 3 RGes. v. 4. 12. 1899 (in der Fassung der in A 1 erwähnten Nachtragsgesetze) für den Fall, daß eine Mitwirkung der Gläubiger von Schuldverschreibungen erforderlich ist, um an Stelle eines weggefallenen Vertreters nach §§ 1, 14 dieses Gesetzes einen neuen Vertreter zu bestellen, zur Erleichterung bestimmt, daß eine Mehrheit der Gläubigerversammlung von mindestens $^3/_4$ der abgegebenen Stimmen mit verbindlicher Kraft für alle Gläubiger über die Bestellung beschließen kann. Ferner kann nach § 16 Abs 4 auf Antrag einer bestimmten Anzahl von Gläubigern beim Vorliegen eines wichtigen Grundes das Amtsgericht an Stelle eines solchen weggefallenen Vertreters einen neuen Vertreter bestellen. — Bei der zur Bestellung des Vertreters nach § 1189 **erforderlichen Eintragung in das Grundbuch** ist im Eintragungsvermerk die Bestellung und der Name des Vertreters anzugeben sowie deutlich erkennbar zu machen, daß der Eingetragene nicht selbst Gläubiger, sondern nur „Treuhänder" und Vertreter für die Teilschuldverschreibungsgläubiger ist (**RG** 113, 231). Auch die dem Vertreter gewährten Vertretungsbefugnisse sind einzutragen, da sie der Bestellung erst ihren Inhalt geben, so daß ohne ihre Eintragung die Bestellung wirkungslos ist (RJA 15, 131; OLG 41, 182). Jedoch genügt insoweit gemäß § 874 Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (OLG 41, 182). Zur Vornahme der Eintragung bietet überall formellrechtlich gemäß § 19 GBO die einseitige, in der Form des § 29 GBO abgegebene Eintragungsbewilligung des Eigentümers die gehörige Grundlage. Wird jedoch erst nachträglich ein Vertreter bestellt, so bedarf es auch der Bewilligung des Gläubigers oder sämtlicher Gläubiger der Teilschuldverschreibungen, da auch ihr Recht durch die Inhaltsänderung im Sinne des § 19 GBO betroffen wird (KGJ 45, 279). Der neu gewählte Vertreter kann nicht selbst seine Eintragung herbeiführen, da seine Vertretungsbefugnis erst mit der Eintragung beginnt (str.; RJA 11, 229). Als Vertreter (für die späteren Gläubiger) kann auch der erste Hypothekengläubiger bestellt werden (RJA 6, 163). Unzulässig ist die Eintragung einer Hypothek für den „Treuhänder" nicht bezeichneter Gläubiger von Forderungen, die nicht unter § 1187 fallen (OLG 18, 186).

3. Abs 2 erklärt ohne Rücksicht auf das der Bestellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis (A 1) aus praktischen Gründen (Prot 3, 676) **den Eigentümer,** und zwar den jeweiligen Eigentümer, nicht bloß den Besteller des Vertreters (Prot 3, 676), für **berechtigt, von dem Vertreter die Vornahme von Verfügungen,** zu denen er befugt ist, **zu verlangen** (nötigenfalls im Wege der Klage), **wenn** die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen die Verfügung **vom Gläubiger selbst verlangt werden könnte** (z. B. Entlassung eines Trennstücks aus der Pfandhaft).

§ 1190

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird [1]. Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden [2].

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet [3].

Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist [4].

Die Forderung kann nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen [5].

E I 1129 II 1096; M 3 767; P 3 688; 6 259.

1. Die Höchstbetragshypothek ist eine Sicherungshypothek, auf welche die §§ 1184ff. Anwendung finden, mit der Besonderheit, daß bei der Bestellung **nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück** für die gesicherte Forderung **haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird.** Die Frage, ob bei der Aufwertung einer Höchstbetragshypothek eine im Sinne der §§ 9, 10 Abs 1 Nr 6 AufwG durch Sicherungshypothek gesicherte Forderung anzunehmen ist, wenn noch nicht feststeht, welche bestimmten Forderungen durch die Höchstbetragshypothek gesichert werden sollen, ist in **RG** 120, 402 erörtert. Den Fall einer Höchstbetragshypothek für alle Forderungen aus einem 1910 begonnenen und bis 1930 ununterbrochen fortgesetzten Kontokorrent behandelt **RG** 136, 87. Die zur Bestellung der Höchstbetragshypothek erforderliche Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger muß enthalten die Bestimmung des Höchstbetrags der Haftung und einen Vorbehalt für die Feststellung der Forderung im übrigen. Nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes kann der Vorbehalt sich nicht nur auf den Betrag der Forderung, sondern auch auf alle ihre sonstigen Merkmale, mit Ausnahme der Person des Gläubigers, beziehen (KGJ 23 A 239; 35 A 284). Während also bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek die gesicherte Forderung nach Betrag und Grund bestimmt sein muß, genügt (ist aber in der Regel auch das Mindesterfordernis: KGJ 46, 180; OLG 26, 198) bei der Höchstbetragshypothek eine allgemeine Bezeichnung des Rechtsgrundes der zu sichernden noch ungewissen Forderung des Gläubigers in der Weise, daß die Feststellung, welche zur Entstehung gelangten Forderungen in den Kreis der Sicherung fallen, bis zum Höchstbetrag der Grundstückshaftung stattfinden kann (**RG** 55, 274; 65, 366; KGJ 35 A 284; 46, 180; OLG 34 S. 217, 238). Wenn eine Hypothek allgemein für Forderungen aus einem Geschäfts- und Wechselverkehr bestellt ist, so ist anzunehmen, daß die Feststellung der Forderung vorbehalten und die Hypothek eine Höchstbetragshypothek sein soll, auch wenn sie als solche nicht bezeichnet ist (KGJ 43, 238). Besonders eignet sich die Höchstbetragshypothek zur Sicherung für Forderungen, die aus einer dauernden Geschäftsverbindung, einem eröffneten Kredit (z. B. zur Bebauung des Grundstücks), aus einer Vermögensverwaltung oder ähnlichen Verhältnissen zwischen den Beteiligten künftig entstehen können (**RG** 51, 115; 55, 221; 61, 37; Gruch 48, 606; 52, 1068; KGJ 43, 238). Weiter wird sie verwendet zur Sicherstellung von Vertragsstrafen und Ersatzansprüchen für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrags (**RG** 55, 274) oder von Ansprüchen auf Nebenleistungen jeder Art, die sich aus einer bestimmten durch anderweitige Hypothek gesicherten Hauptforderung ergeben (OLG 26, 197). Die Hypothek kann aber auch für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Gläubigers gegen den Besteller oder auch gegen einen Dritten ohne eine weitere Begrenzung und ohne Angabe eines Schuldgrundes (A 2) bestellt werden (**RG** 62, 168; 75, 247; **RG** JW 1907, 513[13]; Warn 1930 Nr 164; KGJ 35 A 284; 45, 286; 46, 180; 47, 199; OLG 14, 126; 26, 197). Dies ist sogar der im Rechtsverkehr gebräuchlichste Anwendungsfall der Höchstbetragshypothek. Wenn zu einem Kreis gesicherter Forderungen auch eine Forderung gehört, deren Betrag als schon feststehend hingestellt ist, so kann eine den Betrag dieser Forderung übersteigende Höchstbetragshypothek eingetragen werden (**RG** 126, 276). Dagegen könnte, da die Unbestimmtheit der zu sichernden Forderung Wesensmerkmal der Höchstbetragshypothek ist und deshalb auch nach § 1190 Abs 2 Zinsen in den Höchstbetrag einzurechnen sind, für eine Einzelforderung, die bereits nach Grund und Betrag feststeht, eine Höchstbetragshypothek nur dann eingetragen werden, wenn in der Eintragungsbewilligung die Forderung als noch unbestimmt hingestellt würde (JFG 7, 365; a. M. KGJ 34 A 320). Eine zur Eintragung einer Höchstbetragshypothek ausreichende Unbestimmtheit der Forderung liegt aber auch schon dann vor, wenn nur die nach Abs 2 einzurechnende Zinsforderung, nicht die Höhe des Kapitals unbestimmt ist und späterer Feststellung vorbehalten wird (HRR 1933 Nr 202). Wenn jedoch die Feststellung der Forderung überhaupt nicht vorbehalten, sondern die Forderung als eine in

Höhe des angegebenen Betrags von vornherein feststehende eingetragen worden ist, handelt es sich in Wirklichkeit nicht um eine Höchstbetragshypothek, sondern um eine Verkehrshypothek oder eine gewöhnliche Sicherungshypothek (RG Gruch 52, 1069; Warn 1914 Nr 291; KGJ 51, 290; OLG 29, 373). — Unzulässig ist die Bestellung einer (ungeteilten) Höchstbetragshypothek für verschiedene Forderungen, die je einem andern Gläubiger zustehen (§ 1113 A 3). Über die Frage, ob eine Höchstbetragshypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene, nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner eingetragen werden darf und ob, wenn dies verneint wird, die dennoch erfolgte Eintragung gültig ist, vgl. § 1113 A 5; OLG 45, 238 (Höchstbetragshypothek für Ansprüche gegen mehrere Bürgen); RJA 12, 159 (wo die Eintragung einer Höchstbetragshypothek für die Forderungen des Gläubigers gegen den Besteller der Hypothek und dessen allgemeine Rechtsnachfolger oder den Nachfolger im Eigentum des verpfändeten Grundstücks aus dem fortgesetzten Kreditverhältnisse für zulässig erachtet wird, weil unklare Verhältnisse dadurch nicht geschaffen würden). Ferner kann eine Höchstbetragshypothek nicht zunächst für den einen und dann für den andern Gläubiger bestellt werden (§ 1113 A 3). Zulässig ist aber die Bestellung einer Höchstbetragshypothek in der Weise, daß die eine oder die andere Forderung (z. B. ein Bereicherungsanspruch, wenn die erste Forderung nichtig sei) desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner gesichert sein soll (RG JW 1911, 653[26]; § 1113 A 5). Über mehrere Höchstbetragshypotheken für je einen Teil des Kreises der gesicherten Forderungen sowie über eine Einzel-Höchstbetragshypothek für den Betrag des Forderungskreises, der sich als durch eine andere Höchstbetragshypothek nicht gedeckt ergeben würde, ist in § 1113 A 2, 5 das Erforderliche gesagt. Von dem dort dargelegten Grundsatz aus, daß die Eintragung mehrerer selbständiger Einzelhypotheken für dieselbe Forderung unzulässig ist, daß vielmehr verschiedenen Hypotheken nur verschiedene Forderungen oder verschiedene bestimmt abgegrenzte Teile einer Forderung zugrunde liegen können, kann die Bestellung mehrerer Einzelhöchstbetragshypotheken für Forderungen aus demselben Forderungskreise an demselben oder an mehreren Grundstücken der erforderlichen Deutlichkeit wegen regelmäßig nur in der Weise erfolgen, daß die zweiten oder dritten Hypotheken für einen den Betrag der ersten oder die Beträge der ersten und zweiten Hypothek übersteigenden Betrag bis zu einem Höchstbetrag bestehen (OLG 43, 15; JFG 4, 422). Ist für einen Gläubiger eine Höchstbetragshypothek von 60 000 RM und demnächst eine zweite Höchstbetragshypothek von 10 000 RM an demselben Grundstück bestellt worden, so fragt es sich, ob die zweite Hypothek nur den die erste Hypothek übersteigenden Forderungsbetrag sichern oder ob sie zugleich auch bedingt den Gläubiger wegen des Ausfalls sichern soll, den die erste Hypothek im Falle der Zwangsversteigerung etwa erleidet. Die Frage ist nach dem Inhalt des Eintragungsvermerks und der Eintragungsbewilligung zu entscheiden. Wenn die Hypotheken an verschiedenen Grundstücken bestellt sind, so wird in der Regel das erstere anzunehmen sein (RG 134, 221). Im Falle der Erhöhung des Höchstbetrags soll nicht eine zweite Hypothek an demselben Grundstück, sondern die Erhöhung bei der ersten Hypothek eingetragen werden; die trotzdem bewirkte Eintragung einer zweiten Hypothek ist aber nur formellrechtlich fehlerhaft, nicht materiellrechtlich unwirksam (§ 1113 A 5). Zulässig ist die Bestellung einer Höchstbetragshypothek an mehreren Grundstücken für dieselbe Forderung, so daß eine Gesamthypothek entsteht. Es kann aber auch für einzelne Forderungen oder für einen Kreis von Forderungen je eine Höchstbetragshypothek an mehreren Grundstücken in der Weise bestellt werden, daß dem Gläubiger vorbehalten wird, seinerzeit nach seinem Ermessen zu bestimmen, an welches Grundstück er sich halten und in welchem Umfang der Forderung er seine Befriedigung aus dem einen oder dem andern Grundstück erlangen will (RG 131, 23). Denn hierbei wird keine Forderung durch mehrere Einzelhypotheken gesichert, sondern jede einzelne Forderung wird nur durch eine einzige, vom Gläubiger seinerzeit zu bestimmende Hypothek gedeckt. Über die Zulässigkeit der Bestellung einer Höchstbetragshypothek für einen bereits durch eine Grundschuld gesicherten Forderungskreis vgl. § 1113 A 2 (RG 132, 136). — Die Hypothek sollte nach der früher herrschenden Meinung von vornherein dem Gläubiger als wirkliche Hypothek zustehen, auch wenn die gesicherte Forderung noch nicht zur Entstehung gelangt ist. Erst wenn bei der späteren Feststellung nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses sich ergebe, daß gesicherte Forderungen nicht mehr entstehen könnten und die entstandenen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichten, sollte die Hypothek, soweit der Höchstbetrag durch die entstandenen Forderungen nicht ausgefüllt werde, gemäß § 1163 Abs 1 Satz 1 auf den Eigentümer übergehen (RG 51, 117; 55, 221; 61, 41; Gruch 48, 606; 52, 1070; RJA 4, 242; 5, 272; 9, 65; 11, 56; OLG 4, 74; 4, 377; 11, 210; 16, 329; 26, 198). Zutreffend ist jedoch die nunmehr überwiegende, jetzt auch vom Reichsgericht ständig geteilte gegenteilige Ansicht (RG 75, 250; 78, 409; 97, 226; 125, 136; JW 1912, 297[17]; 1912, 402[24]; Gruch 58, 669; 58, 833; Warn 1917 Nr 272; KGJ 45, 290; 49, 225). Danach steht eine Höchstbetragshypothek, die für die (aus einem Geschäftsverkehr dem Gläubiger gegen den Eigentümer künftig entstehenden Forderungen bestellt ist, ebenso wie jede andere Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 A 7) zunächst gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 als vorläufige, durch Entstehung der Forderungen auflösend bedingte Grundschuld dem Eigentümer zu und wird vom Gläubiger als Hypothek erst erlangt, wenn und soweit die Forderung zur Entstehung gelangt. Vorher kann eine Hypothek wegen

Fehlens einer Forderung für den Gläubiger nicht bestehen. Anderseits aber hat der Eigentümer die Grundschuld nicht von vornherein als unbedingtes Recht in seinem Vermögen. Vielmehr ist sein Erwerb an der Grundschuld auflösend bedingt: Entstehen während der Dauer des Rechtsverhältnisses, das die Grundlage der hypothekarischen Sicherung bildet, und bis zur vorbehaltenen Feststellung Forderungen der vorgesehenen Art, so geht die Grundschuld als Hypothek für diese Forderungen auf den Gläubiger über. Dies folgt daraus, daß der Vorbehalt der Feststellung der Forderung zum Wesen der Höchstbetragshypothek gehört. Erst wenn diese Feststellung getroffen wird und sich dabei ergibt, daß eine den Höchstbetrag erreichende Forderung weder entstanden ist noch (z. B. wegen Aufhörens des Rechtsverhältnisses) entstehen kann, steht dem Eigentümer, soweit die entstandenen Forderungen den Höchstbetrag nicht anfüllen, eine endgültige, unbedingte, voll wirksame Grundschuld zu (RG 97, 226; 125, 136; Gruch 58, 670; Warn 1914 Nr 21, 322; 1917 Nr 272; SeuffA 74 Nr 162; KGJ 45, 290; 49, 225; JFG 2, 442). Damit ist übrigens, wenn die Höchstbetragshypothek mit einer Löschungsvormerkung nach § 1179 (z. B. zugunsten eines nachstehenden Hypothekengläubigers) belastet ist, auch der Augenblick gekommen, in dem der Vormerkungsberechtigte zur Ausübung seines Rechts befugt ist. Denn nunmehr ist der Eigentümer zur Löschung der auf ihn als Grundschuld übergegangenen Hypothek berechtigt und wegen der Vormerkung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber auch verpflichtet (RG 125, 136; § 1179 A 6). — Wenn in der Zwischenzeit bis zur Feststellung ein Eigentumswechsel eingetreten ist, erlangt nicht der Eigentümer zur Zeit der Feststellung die Grundschuld (soweit das Nichtbestehen der Forderung festgestellt wird). Vielmehr verbleibt die Grundschuld wegen des Ausfalls der auflösenden Bedingung dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek endgültig; er muß aber wegen des Vorbehalts der Feststellung auch die erst nach seiner Besitzzeit entstandenen Forderungen des Gläubigers als unter die Hypothek fallend gegen sich gelten lassen (RG 49, 162; 55, 217; 62, 168; Warn 1917 Nr 272; OLG 16, 333; 26, 199; 31, 356; 41, 184; JFG 2, 443; § 1163 A 4). Übrigens erachtete auch schon die früher herrschende Meinung den Eigentümer zur Zeit der Bestellung als den Grundschuldgläubiger (RG 49, 165; 51, 117; 55, 222; 62, 168; OLG 16, 333), obwohl sich dies nicht rechtfertigen ließ, wenn angenommen wurde, daß erst durch die Feststellung die Voraussetzung für die Entstehung der Eigentümergrundschuld geschaffen werde. Der Fall des Erlöschens der entstandenen Forderung nach einem Eigentumswechsel ist unten erörtert. Über die Beweislast, wenn der Eigentümer wegen Nichtentstehung der Forderung auf Grundbuchberichtigung (§ 894) klagt: §§ 894 A 5, 1184 A 3. In der Zwangsversteigerung kann der Eigentümer zur Zeit der Hypothekbestellung wegen der bestehenden Eigentümergrundschuld ebenso wie sonst wegen einer Eigentümergrundschuld Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse verlangen. Die nachstehenden Berechtigten haben keinen Anspruch auf den der Grundschuld gebührenden Erlösteil (RG 55, 222; 62, 168; Warn 1914 Nr 21). Soweit der Gläubiger den auf die Hypothek entfallenden Erlös wegen Nichtentstehung einer Forderung oder wegen Erlöschens der entstandenen Forderung nicht für sich beansprucht, fällt der Erlös auf Grund der endgültig bestehenden Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zu (RG 55, 219). Das gleiche gilt aber auch, soweit der Gläubiger nicht durch Anerkenntnis des Schuldners oder Urteil nachweisen kann, daß eine Forderung entstanden ist. Mit dem Verteilungstermin endigt die Möglichkeit, daß noch neue Forderungen entstehen (s. unten). — Verfügungen des Eigentümers über die Eigentümergrundschuld oder Pfändungen der Grundschuld durch seine Gläubiger sind an sich auch schon vor der Feststellung zulässig insoweit, als nachgewiesen werden kann, daß die zur Zeit entstandenen Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen; auch ihrer Eintragung steht nichts im Wege (str.; RJA 2, 199, a. M. RJA 5, 271). Doch muß der Eigentümer zuvor gemäß der Ordnungsvorschrift des § 40 GBO als Gläubiger der ihm auflösend bedingt zustehenden Eigentümergrundschuld eingetragen werden (§ 1163 A 3). Wenn demnächst aber aus dem Rechtsverhältnisse neue Forderungen entstehen, so sind die Verfügungen und Pfändungen unwirksam, soweit nicht noch ein ungedeckter Teil des Höchstbetrags übrigbleibt. Denn die Erwerber können durch die Verfügungen und die Pfändungen nicht mehr Rechte erlangen, als dem Eigentümer zustanden (§ 161; SeuffA 66, 277; RJA 5, 270; OLG 4 S. 74, 194). Das Reichsgericht erachtet die Pfändung der vorläufigen Eigentümergrundschuld auch an sich für zulässig, erklärt aber die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch für unstatthaft (RG 75, 250; 97, 226; 120, 111; JW 1912, 297[17]; Warn 1929 Nr 151; vgl. jedoch bezüglich der Zulässigkeit der Pfändung Gruch 48, 607). Dabei stellt es diese vorläufige Eigentümergrundschuld gleich einer etwa künftig aus einer Gläubigerhypothek entstehenden Eigentümergrundschuld, indem es auf die Entscheidungen Bezug nimmt, welche die Pfändung solcher künftigen Eigentümergrundschulden für zulässig, dagegen die Eintragung der Pfändung für unstatthaft erklären. Diese Entscheidungen sind in § 1163 A 3 zusammengestellt. Wie dort bereits dargelegt ist, besteht aber ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Eigentümergrundschulden: ob bei der für eine bestehende Forderung bestellten Hypothek künftig eine Eigentümergrundschuld entstehen und welchem Eigentümer sie zustehen wird, ist ungewiß; die vorläufige Eigentümergrundschuld bei der für eine künftige Forderung bestellten Höchstbetragshypothek dagegen ist eine auflösend bedingte Grundschuld, die dem gegenwärtigen Eigentümer zusteht. Für diese Eigentümer-

grundschuld und nur für sie gilt das vorher Dargelegte. Die Eintragung ist zur Entstehung des Pfändungspfandrechts gemäß §§ 830, 857 Abs 6 ZPO erforderlich (RG 76, 233; 97, 228). Daraus folgt: Wird die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld zunächst für A und dann für B gepfändet, wird aber demnächst nach erfolgter Feststellung der Nichtentstehung der gesicherten Forderung die Pfändung der nunmehr endgültigen Eigentümergrundschuld zuerst für B und später für A eingetragen, so hat das Pfändungspfandrecht des B das Vorrecht vor dem des A. In RG 97, 223 ist jedoch dem A das Vorrecht zugesprochen mit der Begründung, der Pfändungsbeschluß enthalte zugleich ein Verfügungsverbot; dieses trete rückwirkend (§ 161 BGB) bis zum Zeitpunkt der Pfändung durch die Eintragung in Kraft. Wäre dies zutreffend, so müßte ein vor den beiden Pfändungseintragungen erfolgter rechtsgeschäftlicher Erwerb an der Eigentümergrundschuld gemäß § 892 Abs 1 Satz 2 den beiden Pfändungen weichen, wenn dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs die beiden Pfändungsbeschlüsse bekannt gewesen wären. Dies ist aber aus dem von der Entscheidung herangezogenen § 830 Abs 2 ZPO, der nur eine Sonderbestimmung über die Rückwirkung gegenüber dem Drittschuldner (Gläubiger und Schuldner der Grundschuld ist hier übrigens ein und dieselbe Person) enthält, nicht zu folgern (RG 76, 233). Vielmehr ist das Verfügungsverbot ein Bestandteil der Pfändung; ebenso wie diese erlangt es erst Wirksamkeit mit der Eintragung. Übrigens wäre im Falle des Konkurses über das Vermögen des Grundstückseigentümers das Verfügungsverbot gemäß § 13 KO den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; dem Pfändungsgläubiger, der die Eintragung der Pfändung nicht erlangt hätte, könnte also ein Absonderungsrecht (§ 49 Abs 1 Nr 2 KO) nicht zustehen. Der besprochenen Entscheidung ist jedoch im Ergebnis deswegen beizutreten, weil damals vor der Eintragung der Pfändung für B ein auf Grund einstweiliger Verfügung erlassenes Veräußerungsverbot zugunsten des A eingetragen worden war. — Zahlungen des persönlichen Schuldners auf entstandene Forderungen bewirken nicht immer, daß die Hypothek des Gläubigers gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Eigentümergrundschuld wird. Übersteigen z. B. die Forderungen den Höchstbetrag in dem Maße, daß nach Abzug der Zahlungen noch ein den Höchstbetrag mindestens deckender Betrag übrigbleibt, so wird die Hypothek des Gläubigers in ihrem Fortbestand durch die Zahlungen nicht berührt, weil das Grundstück bis zum Höchstbetrag für alle Forderungen aus dem Rechtsverhältnisse haftet. Anders liegt die Sache nur dann, wenn die Anrechnung der Zahlung gerade auf den Höchstbetrag vereinbart wird (RG 56, 323; RJA 2, 200; vgl. auch RG 123, 151, § 1150 A 2 über die Ablösung einer nach dem AufwG aufgewerteten Höchstbetragshypothek mit ihrem Aufwertungsbetrag). Aber auch wenn und soweit infolge der Zahlungen die Forderungen unter den Höchstbetrag herabsinken, erlangt der Eigentümer noch nicht in allen Fällen eine unbedingte Eigentümergrundschuld. Vielmehr steht der Erwerb der Grundschuld, falls das der Hypothek zugrunde liegende Rechtsverhältnis noch nicht beendigt ist, auch hier unter der Bedingung, daß nicht noch bis zur Beendigung des Rechtsverhältnisses weitere Forderungen entstehen und bei der endgültigen Abrechnung als gesicherte festgestellt werden (RG JW 1902 Beil 203; RJA 2, 200; OLG 31, 356). Wird das bei der abschließenden Abrechnung festgestellte Schlußguthaben (Saldo) gezahlt, so wird eine endgültige Eigentümergrundschuld erworben (JFG 2, 445). Hat seit der Bestellung der Hypothek ein Eigentumswechsel stattgehabt, so erlangt hier nicht der Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek, sondern der Eigentümer zur Zeit der Zahlung gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 wie bei einer anderen Hypothek die Grundschuld (§ 1163 A 6; RG Gruch 58, 670). Dasselbe gilt in anderen Fällen des Erlöschens der entstandenen Forderung. Aus diesen materiellrechtlichen Grundsätzen folgt für das formelle Grundbuchrecht: Zur Löschung einer Höchstbetragshypothek für Ansprüche aus einer Geschäftsverbindung reicht im Falle des Eigentumswechsels seit der Hypothekbestellung die Löschungsbewilligung des Gläubigers für sich allein (neben der Zustimmung des gegenwärtigen Eigentümers nach § 27 Abs 1 GBO) nur dann aus, wenn die Entstehung der durch die Hypothek gesicherten Forderungen bis zur vollen Höhe des Höchstbetrags durch abschließende Abrechnung festgestellt ist und dem Grundbuchamt nachgewiesen wird. Andernfalls bedarf es auch der Bewilligung desjenigen, der seinerzeit als Eigentümer die Hypothek bestellt hat, da er wegen der ihm möglicherweise zustehenden auflösend bedingten Grundschuld ebenfalls als durch die Löschung Betroffener im Sinne des § 19 GBO anzusehen ist (JFG 2, 441). Entsprechendes gilt, wenn der zahlende Schuldner vom Eigentümer verschieden ist und von diesem Ersatz verlangen kann, für den Erwerb einer Ersatzhypothek gemäß § 1164. Wenn dagegen der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer nach Entstehung einer Forderung den Gläubiger gemäß § 1142 zum Teil befriedigt, so erwirbt er hier ebenso wie bei einer andern Hypothek nach §§ 1143, 401, 412, 1153 den bezahlten Teil der Forderung nebst der Hypothek (OLG 31, 356). Erfolgt die Befriedigung wegen der entstandenen Teilforderung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung, so erlischt die Hypothek gemäß § 1181 in Höhe des Teiles, so daß ein Übergang auf den Eigentümer nicht stattfindet (wegen der Gesamthypothek vgl. § 1182). — Der Umfang der dinglichen Haftung bestimmt sich endgültig nach der Sachlage bei der Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses oder bei sonstiger Abrechnung der Beteiligten. Die Feststellung des Betrags der gesicherten Forderung, die außerhalb des Grundbuchs gemäß §§ 781, 782 durch Vertrag

zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner oder durch Urteil bewirkt wird (RJA 9, 64; OLG 18, 184; 20 S. 388, 415), hat keine dingliche Wirkung und führt eine Änderung des Rechtszustandes der Hypothek nicht herbei. Die Erhebung der dinglichen oder persönlichen Klage ist von einer solchen Feststellung nicht abhängig. Wenn der Gläubiger das dingliche Recht aus der Hypothek gegen den vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümer geltend macht, so muß er trotz einer zwischen ihm und dem persönlichen Schuldner getroffenen Feststellung die Entstehung der Forderung beim Bestreiten des Eigentümers beweisen. In der Regel wird aber der Vertrag oder ein gegen den Schuldner ergangenes Urteil auf Zahlung der Forderung genügenden Beweis auch dem Eigentümer gegenüber liefern. Ferner wirkt eine Feststellung zwischen Gläubiger und Eigentümer ebenfalls nur persönlich. Sie hat auch ebensowenig wie ein Urteil gegen den Eigentümer Wirkung gegenüber dem persönlichen Schuldner. Auf Grund dieser Feststellung (Anerkenntnis des Bestehens der Forderung nach Grund und Betrag oder rechtskräftiges Urteil auf Anerkennung) kann aber die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek oder in eine gewöhnliche Sicherungshypothek für einen bestimmten Betrag gemäß § 1186 erfolgen (**RG** 60, 243; 60, 262; RJA 3, 156; 11, 240; KGJ 31 A 339; OLG 41, 180; 44, 144). Hierzu bedarf es, da die Umwandlung eine Änderung des Inhalts des Rechts bewirkt, ferner der Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger über die Umwandlung und der Eintragung (RJA 3, 156; KGJ 31 A 337; 46, 233; OLG 18, 182; 41, 181). Der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es aber nicht (§ 877 A 3). Eine gesetzliche Verpflichtung zur Umwandlung besteht für den Eigentümer allerdings nicht (**RG** 49, 162). Über die Zulässigkeit sonstiger Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek vgl. § 1186 A 1. — Auch § 1180 findet auf die Höchstbetragshypothek Anwendung (**RG** 60, 262; RJA 7, 232; 11, 241; KGJ 45, 287; 49, 225; OLG 31, 354; 44, 144; § 1180 A 1 a. E.). An Stelle der gesicherten Forderung kann eine andere dem Betrag nach unbestimmte Forderung nach Maßgabe des § 1180 in der Weise gesetzt werden, daß die Hypothek Höchstbetragshypothek bleibt (KGJ 31 A 339; RJA 7, 232). Es kann aber auch nach Maßgabe des § 1180 und des § 1186 eine neue dem Betrag nach bestimmte Forderung eingesetzt und zugleich die Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek für diese Forderung umgewandelt werden, und zwar auch für einen anderen Gläubiger (**RG** 60, 262; RJA 11, 241; KGJ 46, 233). Den Fall, daß vor der Entstehung einer Forderung ein anderes Rechtsverhältnis der Hypothek zugrunde gelegt werden soll, erörtert § 1180 A 1. — Hat sich bei der Beendigung des Rechtsverhältnisses endgültig ergeben, daß dem Eigentümer ein Teil der Hypothek als Grundschuld zusteht, weil die entstandenen Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen oder durch Erlöschen (z. B. durch Zahlung) unter den Höchstbetrag herabgesunken sind, so kann der Eigentümer vom Gläubiger gemäß § 894 die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung des Teils auf seinen Namen verlangen oder auf Grund einer mit dem Gläubiger in der Form des § 29 GBO getroffenen Feststellung die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO oder die Löschung des Teils gemäß §§ 27, 29 GBO herbeiführen (**RG** 56, 327; 125, 136; OLG 18, 183). Die Grundschuld kann ferner gemäß § 1198 wieder in eine Hypothek umgewandelt werden, bei gleichzeitiger Abtretung des dinglichen Rechts auch für die Forderung eines neuen Gläubigers (**RG** 125, 140; OLG 31, 355; A 5). Steht bereits fest, daß die gesicherte zukünftige Forderung ganz oder zum Teil nicht zur Entstehung gelangt ist, so hat eine Verzichtserklärung des eingetragenen Gläubigers nicht die Bedeutung des § 1168; vielmehr bedeutet sie nur ein Anerkenntnis des Gläubigers über die Nichtentstehung der Forderung und darüber, daß die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld im Umfang des Verzichts endgültig eine unbedingte geworden sei (**RG** 97, 228). — In der Zwangsversteigerung endet die Möglichkeit, daß neue Forderungen entstehen. Denn nun wird festgesetzt, für welche Forderungen auf Grund der Hypothek Befriedigung aus dem Grundstück gesucht werden kann. Diese Rechtslage tritt aber nicht schon mit der Einleitung oder dem Zuschlag, sondern erst mit dem Verteilungstermin ein (str.; **RG** 51, 119; 55, 222; 125, 136; Gruch 48, 607; a. M. OLG 31, 194, wonach die Fortdauer des gesicherten Rechtsverhältnisses auch über den Verteilungstermin hinaus möglich sein und im Falle dieser Fortdauer für die später noch entstehenden Forderungen der an die Stelle des Grundstücks getretene Versteigerungserlös, der zu hinterlegen sei, ebenfalls haften soll). Wird, bevor die Hypothek völlig angefüllt ist, der Konkurs über das Vermögen des Eigentümers eröffnet, so kann nach §§ 6, 7, 15 KO nicht mehr dieser, sondern nur der Konkursverwalter, falls er nicht das gesicherte Kreditverhältnis löst, die Hypothek weiter anfüllen (**RG** 61, 42; JW 1912, 402[24]). Der Beschluß in JFG 7, 368 behandelt den Einfluß des im Vergleichsverfahren (VergleichsO v. 5. 7. 1927) über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft bestätigten Vergleichs auf eine den Grundbesitz von Gesellschaftern belastende Höchstbetragshypothek. — Über Kautionshypotheken des früheren Rechts: **RG** 48, 48; 49, 162; 51, 398; 52, 59; 52, 111; 52, 411; 55, 222; RJA 7, 128. Über die frühere Zinsen- und Kostenkautionshypothek in Bayern, die nach dem Inkrafttreten des BGB und der Anlegung des Grundbuchs gemäß Art 192 EG als Höchstbetragshypothek im Sinne des § 1190 gilt: **RG** 61, 375; Warn 1915 Nr 85.

2. **Der Höchstbetrag,** bis zu dem das Grundstück haften soll, **muß** bei der Höchstbetragshypothek ebenso wie nach § 1115 der Geldbetrag der Forderung bei einer andern Hypothek, in einem bestimmten Geldbetrag **in das Grundbuch eingetragen werden,** widrigenfalls die Hypothek nichtig ist. Bei der *Arresthypothek* ist gemäß § 932 ZPO der nach § 923 ZPO festgestellte Geldbetrag (durch dessen Hinterlegung die Vollziehung gehemmt wird) als Höchstbetrag zu bezeichnen. Die *Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung* nach §§ 794 Nr 5, 800 ZPO ist bei der Höchstbetragshypothek nicht angängig, weil die Unterwerfung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück gerichtet sein muß (RJA 2, 203; KGJ 28 A 145; OLG 3, 295; 8, 148; 9, 230; 13, 196). Vgl. jedoch bezüglich einer (als bestimmt zu erachtenden) Rentenforderung OLG 17, 336. Was den *Grund der gesicherten Forderung* anlangt, so wird, da § 1190 zur Bestellung einer Höchstbetragshypothek abgesehen von dem Höchstbetrag den Vorbehalt der Feststellung der „Forderung" verlangt, diese Forderung gemäß § 1115 ebenso wie bei anderen Hypotheken (§ 1113 A 5; § 1115 A 1, 8) im Grundbuch vermerkt werden müssen (str.; KGJ 23 A 239; 35 A 284, auch **RG** JW 1907, 513[13]; a. M. OLG 14, 127). Nur ist hier unter „Forderung" nicht ein bestimmter Anspruch zu verstehen, sondern die Begrenzung für die unter die Sicherung fallenden Forderungen, deren Feststellung vorbehalten wird. Wenn das Grundstück für alle Forderungen des Hypothekgläubigers gegen den Hypothekbesteller bis zum Höchstbetrag haften soll (A 1), so wird sich dies aus der einer verständigen Auslegung nicht unzugänglichen (§ 873 A 7 a) Eintragung des Höchstbetrags von selbst ergeben, so daß es eines weiteren Vermerks, insbesondere der Angabe eines Schuldgrundes oder des Schuldners, nicht bedarf (**RG** 65, 364; 136, 80; KGJ 23 A 239; 35 A 283; 47, 199; OLG 26, 197). Soll aber ein anderer als der Besteller der Schuldner sein, so wird dieser im Grundbuch vermerkt werden müssen (KGJ 35 A 282; OLG 31, 355; § 1113 A 5; auch **RG** JW 1907, 513[13]). Wenn der Kreis der zu sichernden Forderungen nach der *Vereinbarung der Beteiligten* enger gezogen, insbesondere bestimmt worden ist, daß die Hypothek nur zur Befriedigung der aus einem bestimmten Rechtsverhältnis oder einer bestimmten Geschäftsverbindung sich ergebenden Forderungen dienen soll, ist die Aufnahme dieser Begrenzung in das Grundbuch notwendig. Jedoch genügt die Eintragung im Wege der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (KGJ 23 A 239; 35 A 285). — Über Höchstbetragshypotheken für Schuldverschreibungen und Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber s. § 1187 A 1.

3. Die **Einrechnung der Zinsen in den Höchstbetrag** schreibt Abs 2 vor, weil der Höchstbetrag sowohl die Kapitalbeträge als auch die Nebenleistungen umfaßt. Aus der Bestimmung folgt: Ist die gesicherte Forderung verzinslich, so ist gleichwohl die im § 1115 vorgeschriebene Angabe des Zinssatzes im Eintragungsvermerk bei der Höchstbetragshypothek ausgeschlossen (**RG** 90, 152; OLG 13, 235). Ist trotzdem (z. B. bei einer Arresthypothek: A 2) die Verzinslichkeit eingetragen worden, so ist diese gemäß § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen (RJA 7, 74; KGJ 39 A 256). Wenn die Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek oder eine Verkehrshypothek in ganzer Höhe umgewandelt wird (A 1) und dabei, was nach § 1119 ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten zulässig ist, auch noch Zinsen bis zu 5% eingetragen werden, so dürfen nur Zinsen vom Tage der Eintragung der Umwandlung ab eingetragen werden (§ 1119 A 1). Wenn das Kreditverhältnis, das durch die Hypothek gesichert werden soll, beendigt ist und die entstandenen (Haupt-) Forderungen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichen, kann immer noch durch die laufenden Zinsen die Hypothek weiter angefüllt werden (RJA 15, 318). Aus Abs 2 ist nicht zu folgern, daß bei der Höchstbetragshypothek Zinsen die Eigenschaft der Hauptforderung haben. Vielmehr haben sie auch hier die rechtliche Natur von Nebenleistungen der Hauptforderung. Die Bedeutung des Abs 2 ist nur die, daß nicht der Vorbehalt der Feststellung auf das Kapital der Forderung beschränkt sein und daneben das Grundstück über den Höchstbetrag hinaus noch für die Zinsen haften soll (M 3, 767; **RG** 90, 152). Unter Zinsen sind nicht nur die vertragsmäßigen, sondern auch die gesetzlichen Zinsen zu verstehen, für die bei den anderen Hypotheken das Grundstück nach § 1118 kraft Gesetzes haftet (M 3, 767; RJA 9, 67). Dagegen bezieht sich die Vorschrift nicht auf die im § 1118 genannten Kosten, so daß die Haftung für diese sich über den Höchstbetrag hinaus erstreckt (M 3, 768; **RG** 90, 172). Bei Höchstbetragshypotheken, die der Aufwertung unterliegen, sind die Zinsen, falls die Hypothek bei der Feststellung der nach § 9 AufwG aufzuwertenden persönlichen Forderung schon durch die Kapitalforderung allein ausgefüllt wird, nicht frei nach § 242 BGB aufzuwerten, sondern nach § 28 AufwG zu berechnen (**RG** HRR 1932 Nr 1050).

4. Während nach § 1184 Abs 2 eine gewöhnliche Sicherungshypothek ausdrücklich als Sicherungshypothek im Grundbuch bezeichnet werden muß, **gilt** die Höchstbetragshypothek **als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist.** Denn aus der Eintragung der Hypothek für den Höchstbetrag ergibt sich von selbst, daß die Hypothek eine Höchstbetrags-, also eine Sicherungshypothek ist. Auch die Bezeichnung als Höchstbetragshypothek ist nicht notwendig. Vielmehr genügt es, wenn der Eintragungsvermerk die Hypothek als Höchstbetragshypothek in anderer Weise erkennbar macht, wenn z. B. neben der Eintragung einer Hypothek für einen Geldbetrag ersichtlich gemacht ist, daß die Feststellung des Betrags der Forderung einer späteren Zeit vorbehalten sein soll (**RG** Gruch 52, 1069). Die Möglichkeit des Vorbehalts bezieht sich aber

nicht auf die Person des Gläubigers der Forderung; dieser muß dieselbe Person wie der eingetragene Berechtigte sein (KGJ 35 A 284; OLG 18, 186). — Zulässig ist auch die Bestellung einer Hypothek in der Weise, daß ihre Eintragung in der Form einer Verkehrshypothek bewirkt wird, während sie im Verhältnisse zwischen den Beteiligten als Höchstbetragshypothek für ihrer Höhe nach unbestimmte und wechselnde, demnächst noch dem Betrage nach festzustellende Forderungen bis zum Höchstbetrag des eingetragenen Kapitals und der eingetragenen Zinsen gelten soll (**RG** 60 S. 245, 247; Gruch 51, 378; Warn 1917 Nr 19; OLG 36, 166). Der Gläubiger kann dann die Verkehrshypothek so weit in Anspruch nehmen, als er beweist, daß die zu sichernde Forderung entstanden ist. Diesen Beweis muß er nicht nur für die schuldrechtliche Klage, sondern auch für die dingliche Klage aus der Hypothek (§ 1184 Abs 1) erbringen, sofern nicht etwa in letzterer Hinsicht aus der Art der Hypothekbestellung und des Geschäftsverkehrs (z. B. Bestellung der Hypothek als Darlehnshypothek mit Kündigungs- und besonderen Verzinsungsbestimmungen für ein dem Eigentümer fortlaufenden Kredit gewährendes Kreditinstitut) zu entnehmen ist, daß dem Eigentümer wie bei einer wirklichen Verkehrshypothek (§§ 1138, 891) der Beweis der Tilgung oder des sonstigen Nichtbestehens einer Forderung obliegen soll. Sollte die zu sichernde Forderung aus einem Kontokorrentverhältnis entstehen, so kommt es für die Verteilung der Beweislast hinsichtlich der Entstehung der Forderung nicht darauf an, ob das Kontokorrent ein eigentliches (§ 355 HGB) oder ein uneigentliches (laufende Rechnung) war (OLG 36, 166). Während des Bestehens des Kontokorrentverhältnisses aber kann der Gläubiger (sofern nichts anderes vereinbart ist) sich aus der Hypothek nicht befriedigen, da so lange einzelne Forderungen und vorgetragene Saldi als gestundet gelten (OLG 36, 167). Dritten Erwerbern der Hypothek gegenüber kann sich der Eigentümer auf die wirklich gewollte Bestellung einer Höchstbetragshypothek, die ein unter den Begriff des Scheingeschäfts (§ 117 Abs 2) fallendes sog. dissimuliertes Geschäft ist, nach § 892 nur dann berufen, wenn sie Kenntnis davon gehabt haben (**RG** Warn 1914 Nr 245).

5. Die durch Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungen können zunächst ebenso wie die durch andere Buchhypotheken gesicherten Ansprüche gemäß § 1154 Abs 3 nach der für die Übertragung eines dinglichen Rechts geltenden Vorschrift des § 873, also durch Einigung und Eintragung, ganz oder zum Teil abgetreten werden mit der aus § 1153 sich ergebenden Folge, daß auch die Hypothek auf den Erwerber übergeht, und zwar als Höchstbetragshypothek (RJA 7, 227). Eine Feststellung des Betrags der Forderung ist dazu nicht erforderlich, sofern die Übertragung unter Vorbehalt der Entstehung der Forderung erfolgt (JFG 2, 444). Insbesondere ist eine solche Feststellung dann entbehrlich, wenn bei der Abtretung der ganzen, für entstehende Forderungen aus einem Kreditverhältnis bestellten Höchstbetragshypothek die Beteiligten darüber einig geworden sind, daß der alte Gläubiger aus der Geschäftsverbindung mit dem Hypothekbesteller-Eigentümer ausscheide und der neue Gläubiger in die Geschäftsverbindung eintrete unter Übernahme des bisher entstandenen Guthabens des alten Gläubigers und mit der Abrede, daß weitere Kredite des neuen Gläubigers an den Eigentümer gleichfalls durch die Hypothek gesichert sein sollten (**RG** 125, 139). Ergibt sich bei einer getroffenen Feststellung das Bestehen einer Forderung über den Höchstbetrag hinaus, so steht weder dem Erwerber für den abgetretenen Mehrbetrag noch dem bisherigen Gläubiger für den ihm etwa verbliebenen überschießenden Restbetrag eine Hypothek zu. Erreicht im Falle der Teilabtretung der abgetretene Teil nicht den Höchstbetrag, so verbleibt der Restbetrag dem bisherigen Gläubiger als Höchstbetragshypothek für seine Forderungen (RJA 3, 90; 7, 227; 9, 64; OLG 4, 320). Vgl. ferner OLG 14, 128 (Folgen der Zahlung vor der Abtretung), OLG 18, 185 (Eintreten eines Dritten in das gesicherte Rechtsverhältnis gegen Abtretung der Höchstbetragshypothek). Eine Abtretung der Hypothek allein ohne die gesicherte Forderung ist nach § 1153 Abs 2 auch hier unzulässig (RJA 4, 240). Ist durch Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer festgestellt, daß die Hypothek durch Forderungen nicht voll belegt ist, und hat sich somit ergeben, daß die Hypothek zu dem nicht belegten Teil endgültig Eigentümergrundschuld ist (A 1), so darf der Gläubiger diesen Teil, der ihm nicht gehört, nicht abtreten (RJA 9, 64; a. M. OLG 18, 204). Der Teil kann dann nur auf dem Wege der Umwandlung (§ 1198) wieder zu einer Gläubiger-Höchstbetragshypothek für den Abtretungsempfänger werden (**RG** 125, 140; A 1). Dies hat auch der Grundbuchrichter bei der Prüfung eines Antrags auf Umschreibung zu beachten, wenn sich ein solcher Vertrag aus den vorgelegten Urkunden ergibt. Die bloße Möglichkeit, daß ein Teil der Hypothek nicht belegt ist, berechtigt aber den Grundbuchrichter nicht, die Eintragung der vom Gläubiger erklärten Abtretung der ganzen Hypothek abzulehnen. Denn auch für die Höchstbetragshypothek gilt die für den Grundbuchrichter in erster Linie maßgebende (§ 891 A 4) Vermutung aus § 891, daß der eingetragene Gläubiger der wirklich Berechtigte ist (RJA 9, 64; 12, 154; JFG 2, 444; a. M. RJA 4, 240). — Ferner **kann** bei der Höchstbetragshypothek, anders als bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek, nach § 1190 Abs 4 **die Forderung** auch (Begründung hierfür: M 3, 768) **nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften,** also gemäß §§ 398 ff. durch formlosen Vertrag und ohne Eintragung, **übertragen** werden mit der Maßgabe, daß **der Übergang der Hypothek ausgeschlossen** ist, daß also der Erwerber nur das Forderungsrecht erlangt und die Hypothek von der

abgetretenen Forderung losgelöst wird. Sind alle gesicherten Forderungen abgetreten, so fällt die Hypothek gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 dem Eigentümer als unbedingte (A 1) Grundschuld zu, weil die Hypothekforderung als solche gleichsam erloschen ist (str.; RJA 7, 231). Ist nur ein Teil abgetreten, so verbleibt die Hypothek als Höchstbetragshypothek dem bisherigen Gläubiger für seine übrigen Forderungen aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse (Prot 3, 690). Ist in der Abtretungsurkunde erklärt, die Höchstbetragshypothek sei zwar für den Abtretenden eingetragen, stehe aber in Wirklichkeit dem Abtretungsempfänger zu und werde deshalb an diesen abgetreten, so ist nicht die durch die Hypothek gesicherte Forderung für sich allein ohne die Hypothek, sondern auch die Hypothek abgetreten. Zur Wirksamkeit der Abtretung bedarf es also der Eintragung in das Grundbuch. Ist das deutsche Grundbuch vernichtet (z. B. in den Kolonien im Kriegsfall durch feindliche Macht) und somit die Eintragung der Abtretung unmöglich geworden, so ist gleichwohl die Abtretung nicht dahin umzudeuten, daß nur die Forderung allein abgetreten und deshalb zur Wirksamkeit der Abtretung die Eintragung entbehrlich sei (RG 133, 89). — Für die Pfändung der Höchstbetragshypothek gilt die entsprechende Vorschrift des § 837 Abs 3 ZPO.

Zweiter Titel

Grundschuld Rentenschuld

I. Grundschuld

§ 1191

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Grundschuld) 1).

Die Belastung kann auch in der Weise erfolgen, daß Zinsen von der Geldsumme sowie andere Nebenleistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind 2).

E I 1135 II 1100; M 3 779; P 3 708.

1. Die im Abs 1 für die Grundschuld gegebene Begriffsbestimmung unterscheidet sich von der im § 1113 Abs 1 für die Hypothek gegebenen nur dadurch, daß die Worte „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung" fehlen. Daher gilt das zu § 1113 Bemerkte, soweit es nicht die Forderung betrifft (A 5, 7), auch für die **Belastung eines Grundstücks mit einer Grundschuld.** Aus der Nichtaufnahme der bezeichneten Worte ergibt sich zugleich der Wesensunterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. Während die Hypothek zur Entstehung und zum Bestehenbleiben als Hypothek eine zugrunde liegende Forderung voraussetzt, wegen deren der Gläubiger Befriedigung aus dem gesamten Vermögen des Schuldners neben der Befriedigung des dinglichen Rechts aus dem Grundstück suchen kann, ist die Entstehung der Grundschuld und ihr Fortbestehen als dingliches Recht dieser Art von dem Bestehen einer Forderung sachenrechtlich gänzlich unabhängig. Der Gläubiger der Grundschuld kann sich zu seiner Befriedigung nur an das belastete Grundstück halten (RG 78, 65; Warn 1913 Nr 57; KGJ 43, 255). Insbesondere läßt das Ausbleiben der sog. Valutazahlung den rechtlichen Bestand der Grundschuld unberührt. Sie wird gemäß § 873 durch Einigung und Eintragung rechtswirksam begründet, auch wenn die versprochene Valuta, das Entgelt für die Bestellung, nicht gewährt wird. Das Entgelt ist lediglich Gegenstand des schuldrechtlichen Grundgeschäfts, das den Anlaß zu der Bestellung der Grundschuld gibt; der Bestand dinglicher Rechte an Grundstücken ist aber sachenrechtlich von dem Grundgeschäft nicht abhängig (§ 873 A 7 b). Die Grundschuld kann auch unentgeltlich, schenkungsweise bestellt werden. Ferner braucht das Entgelt nicht auf eine Leistung gerichtet zu sein; z. B. kann eine Grundschuld an Erfüllungs Statt für eine geschuldete Leistung bestellt werden (RG 78, 65). Allerdings kann und wird sogar in der Regel auch zu der Grundschuld, die für einen Dritten bestellt wird, eine Forderung in Beziehung gesetzt sein; namentlich wird die Grundschuld häufig zur Sicherung einer Forderung dienen (RG 121, 43; ferner RG 121, 191: wird in einem Kaufvertrag vom Käufer eine Grundschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis bestellt, so ist zu prüfen, ob mit der Bestellung ein entsprechender Teil des Kaufpreises getilgt oder ob durch die Grundschuld eine Kaufgeldforderung gesichert werden soll). Aber die Forderung ist dann nicht Rechtsinhalt der Grundschuld, sondern nur Beweggrund für ihre Bestellung. Das dingliche Recht erfährt keine Umgestaltung wie regelmäßig die Hypothek (z. B. im Wege der Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld) und wird auch sonst in seinem Bestande nicht berührt, wenn die Forderung (die übrigens in das Grundbuch nicht eingetragen werden darf) nicht entstanden oder nichtig oder erloschen ist oder ihre Geltendmachung durch eine Einrede dauernd ausgeschlossen wird (RG 60, 255; 63, 185; 78, 65; 81, 71; 109, 115; 131, 298; JW 1901, 564[17]; 1932, 1550[3]; Warn

1913 Nr 57; SeuffA 75 Nr 103; RJA 12, 252; KGJ 53, 221). Die Rechtsgründe, die gegen die Forderung wirken, können allerdings in gleicher Weise auch auf die Begründung des dinglichen Rechts ihre Wirkung äußern (z. B. die Geschäftsunfähigkeit des sich Verpflichtenden und gleichzeitig die Grundschuld Bestellenden) oder sonst die Grundschuldbestellung selbst (z. B. wegen Wuchers) nichtig machen (**RG** Warn 1913 Nr 353). Abgesehen hiervon wird aber das Nichtbestehen der Forderung usw. nur nach Maßgabe des Rechtes der Schuldverhältnisse auf die Grundschuld insoweit von Einfluß sein können, als die Forderung den Rechtsgrund für die Bestellung der Grundschuld, also für die Bewirkung einer Leistung, abgegeben hat. Besteht dieser Rechtsgrund nicht, so wird ein schuldrechtlicher Anspruch auf Beseitigung oder Übertragung der Grundschuld auf Grund des Grundrechtsgeschäfts oder gemäß §§ 812ff. gegeben sein (**RG** 63, 185; 73 143; 78, 65; 85, 91; 124, 93; JW 1901, 465[17]; 1931, 2733[34]; Warn 1913 Nr 57; 1914 Nr 292; SeuffA 75 Nr 103). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Darlehnsforderung, die erst durch Zahlung des Darlehns zur Entstehung gebracht (valutiert) werden sollte, bestellt ist und die Forderung nicht zur Entstehung gebracht wird (**RG** 78, 65; 85, 91; JW 1901, 465[17]; Warn 1913 Nr 353; 1914 Nr 292; KGJ 53, 221). Dasselbe gilt, wenn eine Grundschuld zur Sicherheit für einen künftigen Erbschaftsanspruch bestellt ist und der Gläubiger dann vor Eintritt des Erbfalls stirbt, so daß der Erbschaftsanspruch nicht zur Entstehung gelangt (**RG** SeuffA 75 Nr 103). Wenn die durch die Grundschuld gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder für sich allein erlischt, tritt also (anders als bei der Hypothek: §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) nicht ohne weiteres eine Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person ein. Vielmehr bleibt die Grundschuld für den Grundschuldgläubiger an sich bestehen (**RG** 78, 67; 85, 91; SeuffA 75 Nr 103; KGJ 53, 221; § 1192 A 1 Abs 3) und gehört, wenn er stirbt, zu seinem Nachlaß (**RG** SeuffA 75 Nr 103); vgl. auch wegen einer Löschungsvormerkung (§ 1179) für einen solchen Fall § 1192 A 1 Abs 2. Der schuldrechtliche Anspruch auf Beseitigung oder Übertragung der Grundschuld steht mangels besonderer Abtretung lediglich dem Besteller der Grundschuld, nicht einem Sondernachfolger im Eigentum zu (**RG** 68, 102; JW 1901, 465[17]; Gruch 48, 937) und kann unbedingt nur gegenüber dem ursprünglichen Erwerber der Grundschuld, sei es durch Klage, sei es im Wege der Einrede gegen die dingliche Klage aus der Grundschuld, geltend gemacht werden (JW 1901, 465[17]). Streitig ist, ob hinsichtlich der Einrede aus dem Grundrechtsgeschäft, insbesondere wegen Nichtentstehens oder Erlöschens der Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt wurde, § 1157 (mit § 1192) auf die dingliche Klage des dritten Erwerbers der Grundschuld anwendbar ist, ob also die Einrede auch dem dritten Erwerber, der beim Erwerb Kenntnis von dem Fehlen oder dem Wegfall des Rechtsgrundes hat oder — wie bei Zinsrückständen (§ 1159 Abs 2) — aus anderen Gründen nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs steht (**RG** 29. 10. 1928 V 126/28), von dem Grundschuldbesteller entgegengesetzt werden kann. Dies ist zu bejahen. Denn das der Grundschuldbestellung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft ist als ein zwischen dem die Grundschuld bestellenden Eigentümer und dem ursprünglichen Gläubiger bestehendes Rechtsverhältnis im Sinne des § 1157 zu erachten. Diese Vorschrift hat, weil die dem Eigentümer bei der Hypothek nach § 1137 zustehenden Einreden gegen die gesicherte persönliche Forderung für die Grundschuld nicht in Betracht kommen, für diese auch hinsichtlich des schuldrechtlichen Grundgeschäfts besondere Bedeutung (Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 221; § 1157 A 2; **RG** Warn 1914 Nr 292; KGJ 53, 221; auch **RG** JW 1901, 465[17]; SeuffA 64, 196). Daraus folgt weiter, daß der die Grundschuld bestellende Eigentümer beim Fehlen oder Wegfall des Rechtsgrundes für die Bestellung, insbesondere wenn die Forderung, zu deren Sicherheit die Grundschuld dienen sollte, nicht zur Entstehung gelangt oder getilgt ist, nach §§ 1169, 1192 nicht nur von dem ursprünglichen Gäubiger (§ 1169 A 1), sondern auch von dem dritten Erwerber der Grundschuld, der beim Erwerb bösgläubig oder sonst nicht durch § 892 geschützt gewesen ist, den Verzicht auf die Grundschuld im Klagewege verlangen kann (**RG** 91, 225; Warn 1914 Nr 292). Ist ein Fall des § 822 (unentgeltliche Zuwendung an den Dritten) gegeben oder ist der Anspruch auf Aufhebung der Grundschuld vorgemerkt gewesen (§§ 883 Abs 2, 888), so kann auch gegenüber einem gutgläubigen dritten Erwerber die Beseitigung der Grundschuld verfolgt werden. Dagegen findet § 1163 Abs 1 Satz 1 auf die Grundschuld keine Anwendung. Wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dienen sollte und diese nicht zur Entstehung gelangt ist, so steht die Grundschuld nicht ohne weiteres dem Eigentümer zu (**RG** 60, 251; 78, 66; Warn 1913 Nr 57; § 1192 A 1 Abs 3). Gerade hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. Aus dem Wesensunterschied der beiden Rechte folgt auch, daß die zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestimmte Grundschuld nicht dahin bestellt werden kann, daß nach ihrem Inhalt aus dem Grundstück nur die aus dem persönlichen Schuldverhältnis geschuldeten Beträge zu zahlen sind (JW 1932, 1759[4]). Die Abrede, daß Zahlungen auf die persönliche Forderung nicht auf die Grundschuld anzurechnen seien, kann nur mit schuldrechtlicher Wirkung getroffen, aber nicht durch Eintragung in das Grundbuch verdinglicht werden (JW 1933, 64[2]). — Für ein und dieselbe Forderung kann an mehreren Grundstücken nur eine Gesamthypothek bestellt werden. Dagegen kann für ein und dieselbe For-

derung an dem einen Grundstück eine Hypothek bestellt werden und an dem andern Grundstück eine Grundschuld ohne Gesamthaftung in der Weise, daß der Gläubiger in der dinglichen Geltendmachung der Grundschuld nur schuldrechtlich eingeschränkt sein soll insofern, als ihm die Grundschuld nicht in vollem Betrag endgültig gebühren, sondern bloß zu seiner Sicherung zur Verfügung stehen soll, soweit ihm eine Forderung gegen den Hypothekenschuldner erwachsen ist, daß ihm also die Grundschuld insofern nur zu treuen Händen bestellt ist. Denn die Tatsache, daß der Gläubiger berechtigt ist, die Geldsumme, die er kraft seiner Grundschuld aus dem belasteten Grundstück zu verlangen hat, zur Tilgung seiner Forderung gegen den Hypothekenschuldner zu verwenden, andererseits jedoch auch schuldrechtlich verpflichtet ist, die Grundschuld nicht über den Betrag seiner Forderung hinaus geltend zu machen, bildet kein Hindernis dafür, daß ihm zur Sicherung eben dieser seiner Forderung eine selbständige Hypothek an einem anderen Grundstück bestellt wird (**RG** 132, 136). — Auch bei der Aufwertung nach dem AufwG (Vorbem 7 vor § 1113) zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen der Hypothek und der zur Sicherung einer Forderung dienenden Grundschuld. Die Hypothek und die Hypothekenforderung werden nach den §§ 4ff. AufwG aufgewertet; dagegen wird die durch Grundschuld gesicherte Forderung vom AufwG als ungesichert behandelt und gemäß §§ 62, 63 (nach allgemeinen Vorschriften) aufgewertet (OLG 45, 314; JW 1927, 803). — Ferner braucht der Grundschuldgläubiger, auch wenn er der ursprüngliche Gläubiger ist, bei Erhebung der dinglichen Klage aus der Grundschuld das Bestehen der Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld dient, nicht zu beweisen. Denn ihm steht nicht nur die Vermutung aus § 891 zur Seite, sondern das Grundschuldrecht wird durch das Nichtbestehen der Forderung an sich überhaupt nicht berührt. Erhebt aber der beklagte Eigentümer, sofern er der Grundschuldbesteller ist, den Einwand, daß der Rechtsgrund für die Grundschuldbestellung nicht oder nicht mehr besteht, so wird den ursprünglichen Gläubiger unter Umständen die Beweislast für das Bestehen des Rechtsgrundes in gewissen Grenzen treffen, so z. B. wenn die Parteien darüber einig sind, daß bei der Begründung der Grundschuld die Höhe der Forderung noch nicht feststand und die Feststellung des Forderungsbetrags einer späteren Zeit vorbehalten wurde, oder wenn es sich um die Art der Anrechnung geleisteter Zahlungen handelt (**RG** 60, 249). — Weiter gehen Grundschuld und Forderung bei der Abtretung getrennte Wege. Die Abtretung der Grundschuld erfolgt nach § 1154 (mit § 1192), die der Forderung nach §§ 398ff. Die Vorschriften des § 1153 finden keine Anwendung, auch dann nicht, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt ist (RJA 12, 251). Die Forderung kann ohne die Grundschuld, die Grundschuld ohne die Forderung abgetreten werden. Weder hat die Abtretung der Grundschuld den Übergang der Forderung noch die Abtretung der Forderung den Übergang der Grundschuld ohne weiteres (d. h. ohne besondere Mitabtretung) zur Folge. Insbesondere kommt bei der Abtretung der Forderung nicht § 401 zur Anwendung, da die Grundschuld kein Nebenrecht der Forderung im Sinne dieser Vorschrift ist (RJA 12, 251). Ob der Erwerber auch die Abtretung der Forderung oder der Grundschuld verlangen kann, bestimmt sich nach dem Rechtsgrunde der Abtretung. Desgleichen geht die Grundschuld, wenn die Forderung kraft Gesetzes (§ 412) auf einen andern übergeht (z. B. gemäß § 774, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt), nicht ohne weiteres mit über (RJA 12, 251). — Da das Erlöschen der Forderung das Grundschuldrecht nicht berührt, bewirkt weder die Tilgung der Forderung für sich allein den Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2 (vgl. § 1192 A 1 Abs 3) noch die Bezahlung der Forderung durch den vom Eigentümer verschiedenen Schuldner den Übergang der Grundschuld auf den Schuldner nach Maßgabe des § 1164 (str.). Ebensowenig finden die mit § 1164 in Zusammenhang stehenden §§ 1165, 1166 Anwendung. Ob der Gläubiger, dem die Grundschuld trotz Tilgung der Forderung verbleibt, zur Abtretung der Grundschuld, insbesondere an den zahlenden Schuldner, verpflichtet ist, richtet sich nach dem zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnis. Übernimmt der Erwerber des Grundstücks, das mit einer zur Sicherung einer Forderung dienenden Grundschuld belastet ist, die persönliche Schuld, so ist § 416 nicht anwendbar. Eine Ausnahmebestimmung gibt jedoch in dieser Hinsicht § 53 Abs 2 ZVG. — Die Grundschuld ist nicht selbst ein Forderungsrecht oder eine sog. Realobligation. In dieser Hinsicht gilt auch für sie das in § 1113 A 6 für die Hypothek Bemerkte. Daher ist die Bestellung der Grundschuld z. B. auch nicht im Sinne des § 817 Satz 2 eine Leistung, die in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht (**RG** 63, 188; 73, 143; Warn 1918 Nr 10). Über Nießbrauch und Pfandrecht an einer Grundschuld vgl. §§ 1080, 1291, über Pfändung einer Grundschuld § 857 Abs 6 ZPO. Dient die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung, so kann diese für sich allein nach § 829 ZPO gepfändet werden; § 830 ZPO betrifft nur die Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht, findet also bei der Pfändung einer Grundschuld keine Anwendung (**RG** 81, 71).

2. Abs 2 erklärt ausdrücklich die **Grundstücksbelastung für Zinsen oder andere Nebenleistungen der Grundschuld** als zulässig. Die Vorschrift dient zur Verhütung von Zweifeln, die sich daraus ergeben könnten, daß Abs 1 für die Grundschuld Bestimmtheit der Geldsumme erfordert (M 3, 780; RJA 14, 307). Auch diese Belastung bedarf nach § 873 der Einigung und Eintragung. Gemäß § 1115 (mit § 1192) ist bei der Eintragung der Zinssatz oder der Geldbetrag der anderen

Nebenleistungen in den Eintragungsvermerk aufzunehmen. Nach § 1118 (mit § 1192) haftet aber das Grundstück für die gesetzlichen Zinsen und die dort bezeichneten Kosten kraft Gesetzes. Nach § 1192 Abs 2 gelten für die Zinsen der Grundschuld die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung. Das Verhältnis der Grundschuldzinsen zu den Zinsen der persönlichen Forderung, die durch die Grundschuld gesichert werden soll (A 1), behandelt das Urteil **RG** SeuffA 87 Nr 29. Der Eintragung einer verzinslichen Grundschuld für die Ehefrau des Eigentümers steht der Umstand nicht entgegen, daß dem Eigentümer kraft seines ehemännlichen Nutzungsrechts die Zinsen zufallen müßten. Denn nach § 1196 Abs 1 kann der Eigentümer auch für sich selbst eine verzinsliche Grundschuld bestellen (KGJ 37 A 295; wegen der Eintragung einer verzinslichen Hypothek für die Ehefrau des Eigentümers vgl. § 99 A 1 a. E.; § 1113 A 5 a. E.).

§ 1192

Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt [1]).

Für Zinsen der Grundschuld gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung [2]).

E I 1136, 1138, 1141 II 1101; M 3 780, 788, 790; P 3 709, 712.

1. Von der Redaktionskommission 2. Lesung war gegenüber dem ersten Entwurf, der die Anwendung der zunächst für die Hypothek gegebenen Bestimmungen auf die Grundschuld vorschrieb, ein zweiter Entwurf (abgedruckt in Prot 4, 501; Gruch 38, 424ff.) aufgestellt, worin die Vorschriften über die Grundschuld vorangestellt und demnächst auf die Hypothek für entsprechend anwendbar erklärt waren. Die zweite Kommission entschied sich für den ersten Entwurf. Demgemäß bestimmt § 1192 Abs 1 zunächst als Regelsatz, daß **auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung finden,** und fügt dann die Einschränkung bei, **soweit sich nicht ein anderes** (d. i. Unanwendbarkeit) **daraus ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.** Diese Einschränkung bedeutet nicht etwa, daß alle Vorschriften, welche die Hypothekenforderung betreffen, von der Anwendung auf die Grundschuld ausgeschlossen sind. Vielmehr gilt auch hinsichtlich dieser Vorschriften der genannte Regelsatz, indem die entsprechende Anwendung in der Weise zu erfolgen hat, daß an Stelle der Forderung die Grundschuld zu setzen ist. Nur diejenigen auf die Hypothekenforderung bezüglichen Vorschriften sind unanwendbar, die unmittelbar im Zusammenhang damit stehen, daß die Hypothek eine Forderung voraussetzt, von dem Bestehen einer Forderung abhängig ist. Anderseits sind auch sonstige Vorschriften von der Anwendung ausgeschlossen, wenn sie mit dem Wesen der Grundschuld unvereinbar sind. Danach sind **unanwendbar: § 1115 Abs 1 Halbs 2** (Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Bezeichnung der Forderung; vgl. jedoch § 874); **§§ 1137** (Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse), **1138** (Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung und die Einreden aus § 1137; KGJ 43, 254), **1139** Widerspruch wegen nicht erfolgter Auszahlung des Darlehns), **1153** (Untrennbarkeit der Forderung von der Hypothek; § 1191 A 1), **1161** (Geltendmachung der Forderung), **1163 Abs 1** (Übergang der Hypothek auf den Eigentümer wegen Nichtentstehung oder Erlöschen der Forderung; s. Abs 3 dieser Anmerkung), **1164—1167, 1174** (Rechtsverhältnisse des persönlichen Schuldners zum Gläubiger), **1177** (Eigentümergrundschuld, Hypothek des Eigentümers; s. Abs 3), **1184—1187, 1190** (Sicherungs-, Order-, Höchstbetragshypothek; wegen der Grundschuld für den Briefinhaber vgl. § 1195, wegen der Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek und umgekehrt § 1198)

Hinsichtlich der **entsprechenden Anwendung der übrigen Vorschriften** über die Hypothek ist folgendes hervorzuheben: **§ 1115 Abs 1 Halbs 1** (Abs 2 ist auch anwendbar): Bei der Eintragung der Grundschuld müssen der Gläubiger, die Geldsumme, bei Verzinslichkeit der Zinssatz, der Geldbetrag etwaiger anderer Nebenleistungen im Grundbuch angegeben werden. — **§ 1116:** Die Grundschuld ist Briefgrundschuld oder (wenn die Erteilung des Briefs ausgeschlossen wird) Buchgrundschuld. Über die Herstellung des Grundschuldbriefs vgl. §§ 56, 57, 70 GBO. — **§ 1117:** Der Gläubiger erwirbt die Briefgrundschuld erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer übergeben ist. — **§§ 1120—1130:** Auf die Gegenstände, die außer dem Grundstück für die Hypothek haften, erstreckt sich auch die Haftung für die Grundschuld. — **§ 1131:** Wird ein Grundstück als Bestandteil einem andern Grundstück zugeschrieben, so erstrecken sich die an diesem Grundstück bestehenden Grundschulden auf das zugeschriebene Grundstück. — **§ 1132:** Die Bestellung einer Gesamtgrundschuld an mehreren Grundstücken ist in der Weise zulässig, daß nur einmal Zahlung zu erfolgen hat. — **§§ 1133—1135:** Im Falle der Gefährdung der Grundschuld durch Verschlechterung des Grundstücks usw. stehen dem Grundschuldgläubiger dieselben Rechtsbehelfe zu wie dem Gläubiger einer Hypothek. — **§ 1136:** gilt auch für eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Grundschuldgläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu ver-

äußern oder nicht weiter zu belasten (RG HRR 1929 Nr 1573). — **§§ 1142, 1143, 1176**: Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Grundschuld fällig geworden ist. Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen (§ 1142 A 4). Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über (§ 1143 A 6). Im Falle teilweiser Befriedigung hat der dem Gläubiger verbleibende Teil den Vorrang vor dem dem Eigentümer zufallenden Teil der Grundschuld. — **§§ 1144, 1145**: Im Falle voller oder teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer kann dieser die Aushändigung oder Vorlegung des Grundschuldbriefs usw. sowie Aushändigung der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Grundschuld erforderlichen Urkunden verlangen. — **§§ 1147, 1181**: Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Grundschuld erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung. Wird der Gläubiger auf diesem Wege befriedigt, so erlischt die Grundschuld. — **§ 1150**: Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück, so kann jeder, der im Falle der Zwangsversteigerung Gefahr läuft, ein Recht an dem Grundstück oder den Besitz des Grundstücks zu verlieren, den Gläubiger befriedigen. Soweit er den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über. — **§ 1152**: Im Falle der Teilung einer Briefgrundschuld kann für jeden Teil ein Teilgrundschuldbrief hergestellt werden. — **§ 1154**: Zur Abtretung einer Briefgrundschuld ist Übergabe des Grundschuldbriefs und schriftliche Abtretungserklärung, die durch Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt werden kann, erforderlich und zur Abtretung einer Buchgrundschuld Einigung und Eintragung. Über die Abtretung einer Grundschuld für den Briefinhaber vgl. § 1195 A 1, § 1187 A 3. — **§ 1157**: Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Grundschuld zusteht, kann auch einem Sondernachfolger des Gläubigers entgegengesetzt werden, wenn sie ihm zur Zeit des Erwerbs bekannt war oder aus dem Grundbuch oder aus dem Grundschuldbrief sich ergab (§ 1157 A 2, § 1191 A 1). Hinsichtlich der Art der nach dieser Vorschrift in Betracht kommenden Einreden gilt das in § 1157 A 1 Bemerkte. Einreden des die Grundschuld bestellenden Eigentümers auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden Grundgeschäfts, insbesondere auf Grund der Forderung, die etwa zu der Grundschuld in Beziehung gesetzt ist, erörtert § 1191 A 1; über Einreden gegen ein Zinsliquidat in der Zwangsversteigerung unten A 2. — **§ 1160**: Der Geltendmachung einer Briefgrundschuld kann widersprochen werden, wenn nicht der Brief vorgelegt wird. — **§ 1163 Abs 2**: Eine Briefgrundschuld steht bis zur Übergabe des Briefs an den Gläubiger dem Eigentümer zu. — **§§ 1168, 1176**: Verzichtet der Gläubiger auf die Grundschuld, so erwirbt sie der Eigentümer. Verzichtet der Gläubiger auf einen Teil, so hat der dem Gläubiger verbleibende Teil den Vorrang vor dem dem Eigentümer zufallenden Teil der Grundschuld. — **§ 1179**: Verpflichtet sich der Eigentümer einem andern gegenüber, die Grundschuld löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Eine Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person findet aber nicht gemäß § 1163 Abs 1 Satz 1 statt, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt ist und diese nicht zur Entstehung gelangt (§ 1191 A 1 sowie Abs 3 dieser Anmerkung). Daher kann eine Löschungsvormerkung aus § 1179 für diesen Fall bei der Grundschuld nicht bestellt werden (RG Warn 1913 Nr 57; jedoch auch 1913 Nr 353, wo anscheinend der Standpunkt, daß die Nichtentstehung der Forderung ein Fall der Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentum sei, wenigstens nicht abgelehnt ist). Vielmehr könnte nur eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs gegen den Grundschuldgläubiger auf Aufhebung der Grundschuld für den Fall, daß die Forderung nicht zur Entstehung gebracht werden sollte, nach § 883 Abs 1 Satz 1 in Betracht kommen. Hat aber der Grundstückseigentümer bei der Einräumung des Vorrangs für eine neu einzutragende Grundschuld vor einer eingetragenen Hypothek eine Löschungsvormerkung bezüglich der Grundschuld (mit der Verpflichtung, die Grundschuld löschen zu lassen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinige) für den zurücktretenden Hypothekengläubiger bestellt und haben die Beteiligten irrtümlich angenommen, durch die Vormerkung werde auch der Fall betroffen, daß die durch die Grundschuld gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelange (die Grundschuld „nicht valutiert" sei), so kann hierin der Ausdruck des Willens gefunden werden, daß dem Grundstückseigentümer, soweit die Forderung nicht zur Entstehung gelange, gegen den Grundschuldgläubiger nicht ein Anspruch auf Übertragung der Grundschuld, sondern nur ein Anspruch auf Löschung, zu deren Herbeiführung er dem zurücktretenden Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet sei, schuldrechtlich zustehen solle (RG 85, 89). — **§ 1183**: Zur Aufhebung der Grundschuld durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Über die Aufhebung des im Falle der Zwangsversteigerung an die Stelle der Grundschuld tretenden Rechts am Versteigerungserlöse und den Verzicht darauf vgl. diese Anmerkung Abs 3. — Über die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung des **§ 1180** im Falle der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek für die Forderung eines neuen Gläubigers vgl. § 1198 A 1.

Hieraus ergibt sich insbesondere für die Frage der Verwandlung einer Gläubigergrund-

schuld in eine Eigentümergrundschuld: Der Eigentümer erlangt die Grundschuld, wenn er den Gläubiger befriedigt (§§ 1142, 1143; § 1143 A 6), wenn der Gläubiger auf die Grundschuld verzichtet (§ 1168) oder wenn und solange der Eigentümer den für die eingetragene Briefgrundschuld erteilten Grundschuldbrief dem Gläubiger nicht übergibt (§ 1163 Abs 2; RG 77, 108). Weitere Fälle der Eigentümergrundschuld können sich nach §§ 1170, 1171 (Ausschließung des unbekannten Grundschuldgläubigers auf Grund eines Aufgebots) sowie nach §§ 1172, 1173, 1175, 1182 (Gesamtgrundschuld) ergeben. Dagegen geht die Grundschuld nicht (wie die Hypothek: § 1163 Abs 1) auf den Eigentümer über, wenn die Forderung, die etwa zu der Grundschuld in Beziehung gesetzt ist, nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt (§ 1191 A 1; KGJ 53, 221; a. M. KGJ 35 A 329; 43, 264). Namentlich im Falle des Ausbleibens der Zahlung des Betrags, für dessen Rückzahlung die Grundschuld Sicherung bieten sollte, steht die Grundschuld gleichwohl dem die Auszahlung an den Eigentümer unterlassenden Gläubiger zu, wenn sie rechtsgültig bestellt worden ist. Der die Grundschuld bestellende Eigentümer kann nur auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts oder gemäß §§ 812 ff. die Beseitigung der in Erwartung der Zahlung bestellten Grundschuld von dem Gläubiger oder einem dritten bösgläubigen Erwerber nach § 1169 verlangen (RG 78, 67; JW 1929, 248[5]; 1931, 2733[34]; § 1191 A 1). Eine Eigentümergrundschuld entsteht nicht. Befriedigt der Eigentümer den Grundschuldgläubiger, so erwirbt zwar der Eigentümer die Grundschuld; der Erwerb vollzieht sich aber nach §§ 1142, 1143, nicht nach § 1163 Abs 1 Satz 2, mag auch die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt sein und diese durch die Befriedigung des Grundschuldgläubigers zugleich erlöschen (RG 78, 68). — Gelangt das Grundstück zur Zwangsversteigerung und fällt die Grundschuld nicht in das geringste Gebot, sondern erlischt sie gemäß §§ 52, 91 ZVG durch den Zuschlag, so kommt es darauf an, ob der Gläubiger auf den Teil des Versteigerungserlöses, der auf die Grundschuld entfällt, Anspruch erhebt oder nicht. Im ersteren Falle ist ihm, obwohl er keine Zahlung auf die Grundschuld geleistet hat, der Erlösteil auszuzahlen, da die Grundschuld für ihn rechtsgültig bestand. Der Eigentümer kann aber, wenn er der Besteller der Grundschuld ist, von dem Gläubiger den auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund erlangten Erlösteil auf Grund des schuldrechtlichen Grundgeschäfts oder gemäß § 812 herausverlangen (str.; RG 78, 64 ff.; JW 1931, 2733[34]). Erklärt der Gläubiger, daß er auf das an die Stelle der Grundschuld getretene Recht am Versteigerungserlöse (RG 78, 63; Warn 1913 Nr 385) verzichte oder, was gleichbedeutend ist, daß er das Recht aufgebe, so gilt dasselbe, wie wenn ein Hypothekengläubiger derartige Erklärungen bezüglich des an die Stelle einer Hypothek getretenen Rechts am Versteigerungserlöse abgibt: Der auf die erloschene Grundschuld entfallende Teil des Versteigerungserlöses wird von dem Recht des Gläubigers frei und fällt ebenso wie beim Verzicht des Vollstreckungsschuldners auf einen Erlösteil, der auf eine ihm zustehende (Eigentümer-)Grundschuld entfallen ist, den nachstehenden Berechtigten zu; das Recht am Versteigerungserlöse geht also insoweit nicht auf den Vollstreckungsschuldner und bisherigen Eigentümer über (str.; a. M. Strohal in IheringsJ 59, 149 ff., OLG 9, 379). Vgl. hierüber § 1168 A 1; RG 60, 251. Stand freilich dem Grundschuldbesteller wegen Nichtentstehung der Forderung ein Anspruch auf Übertragung der Grundschuld gegen den Gläubiger zu, so kann er diesen dafür verantwortlich machen, daß er auf das Recht am Versteigerungserlöse verzichtet hat, statt es auf ihn, den Grundschuldbesteller, zu übertragen. Liquidiert der Gläubiger im Verteilungstermin auf die Grundschuld nichts oder nur einen Teilbetrag mit der Angabe, er habe Valuta nicht oder für den weiteren Teilbetrag nicht gewährt, so ist hierin keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, insbesondere keine Aufhebungs- oder Verzichtserklärung zu finden (str.; RG 78, 70; Warn 1913 Nr 57; JW 1931, 2733[34]; 1932, 1550[3]). Der Gläubiger kann guten Grund haben, eine solche Erklärung nicht abzugeben, weil er sich mit Rücksicht auf ihre Wirkungen dem Grundschuldbesteller gegenüber verantwortlich machen könnte. Da der Gläubiger nicht liquidiert, aber trotz seiner Angabe der Nichtzahlung der Valuta als Grundschuldgläubiger zu behandeln ist, so ist der zur Hebung kommende Betrag (gemäß § 117 ZVG) zu hinterlegen (str.; RG 78, 70). Der Grundschuldbesteller mag dann, soweit die Forderung nicht entstanden ist, vom Gläubiger die Übertragung des Hinterlegten verlangen. Die nachstehenden Berechtigten haben keinen Anspruch darauf (RG 78, 71).

2. Daß die **Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung auch für die Zinsen der Grundschuld gelten,** schreibt Abs 2 neben der Bestimmung im Abs 1 noch ausdrücklich vor, weil wegen Fehlens einer Forderung bei der Grundschuld Zweifel darüber entstehen könnten, ob aus Abs 1 die Anwendbarkeit dieser Vorschriften zu entnehmen sei. Von den anzuwendenden Vorschriften kommen besonders in Betracht die §§ 1115 (Eintragung des Zinssatzes), 1118 (gesetzliche Zinsen), 1119 (Zinsenerhöhung), 1145 Abs 2 (Vorlegung des Grundschuldbriefs im Falle der Befriedigung gewisser Zinsforderungen), 1146 (Verzugszinsen), 1160 Abs 3 (Geltendmachung der Zinsforderungen), 1158, 1159, 1178 (Übertragung und Aufhebung von Zinsforderungen). Im Verteilungsstreit nach § 125 ZVG, § 878 ZPO kann auch ein nachfolgender dinglich Berechtigter mit Ermächtigung des Grundstückseigentümers sich darauf berufen, daß das einer ihm vorgehenden Grundschuld zugrundeliegende schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft das aus der

Grundschuld in der Zwangsversteigerung geltend gemachte Zinsliquidat nicht rechtfertige (§§ 1157, 1178). Wird das Zinsliquidat des Grundschuldgläubigers auf diese Weise beseitigt, so entsteht insoweit keine Eigentümergrundschuld, sondern der nachfolgende dinglich Berechtigte rückt vor (**RG** 29. 10. 1928 V126/28). Besondere Vorschriften über die Grundschuldzinsen geben die §§ 1194, 1197 Abs 2.

§ 1193

Das Kapital der Grundschuld wird erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate [1]).

Abweichende Bestimmungen sind zulässig [2]).

E I 1139 II 1102; M 3 788; P 3 710.

1. Bei der Hypothek bestimmt sich die Fälligkeit nach der Forderung. Da der Grundschuld eine Forderung nicht zugrunde liegt, gibt § 1193 für sie besondere Vorschriften über die Fälligkeit. Jedoch nur bezüglich des **Kapitals der Grundschuld.** Dieses wird, wenn nicht Abweichendes bestimmt ist (Abs 2), **erst nach vorgängiger sechsmonatiger Kündigung, die sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zusteht, fällig.** Über die Fälligkeit der Grundschuldzinsen ist vom Gesetz eine Bestimmung nicht getroffen. Ist bei Festsetzung der Verzinslichkeit die Fälligkeit der Zinsen nicht besonders geregelt, so wird das bezüglich der Darlehnszinsen vom Gesetz (§ 608) Bestimmte als gewollt anzusehen sein (OLG 7, 195). Auf die Kündigung findet § 1141 Anwendung (der als Eigentümer Eingetragene gilt zugunsten des kündigenden Gläubigers als wahrer Eigentümer).

2. Die bezüglich der Fälligkeit des Kapitals **zulässige,** von Abs 1 **abweichende Bestimmung** wird durch Vereinbarung der Beteiligten oder in den Fällen der §§ 1195, 1196 (Grundschuld für den Eigentümer, für den Inhaber des Grundschuldbriefs) durch einseitige Erklärung des Eigentümers getroffen. Sie bedarf zur Wirksamkeit gegenüber Dritten der Eintragung (§ 873), die aber nach § 874 durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bewirkt werden kann. Zu einer Änderung der Zahlungszeit ist nach §§ 1119, 1192 die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich. Bei der aus einer Hypothek entstehenden Grundschuld des Eigentümers gilt die Sonderbestimmung des § 1177 Abs 1.

§ 1194

Die Zahlung des Kapitals sowie der Zinsen und anderen Nebenleistungen hat, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, an dem Orte zu erfolgen, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat [1]).

E I 1139 II 1108; M 3 789; P 3 710.

1. Da ein persönliches Schuldverhältnis, nach dem sich der Zahlungsort bestimmen könnte, bei der Grundschuld nicht in Betracht kommt, ist durch § 1194 hierüber besonders Bestimmung getroffen. Diese Vorschrift bezieht sich nicht nur, wie § 1193 (Zahlungszeit), auf das **Kapital,** sondern auch auf die **Zinsen und anderen Nebenleistungen** (§ 1115 A 6). Sie verordnet, daß die **Zahlung an dem Orte des Grundbuchamtssitzes** zu erfolgen hat, **soweit nicht ein anderes bestimmt ist.** Diese Regelung beruht auf der Erwägung, daß am Sitz des Grundbuchamts etwaige Anstände durch Einsicht des Grundbuchs leicht erledigt werden könnten und der Gläubiger stets Gelegenheit habe, die nach den §§ 1144, 1145 erforderlichen Erklärungen abzugeben (M 3, 789; Prot 3, 711). Es ist also insbesondere, wenn es sich um Abwendung des Verzugs (§ 284) handelt, rechtzeitig am Sitz des Grundbuchamts Zahlung zu leisten, sofern nichts anderes bestimmt ist. Dies gilt auch dann, wenn der Gläubiger an einem anderen Orte seinen Wohnsitz hat und daher das Geld nach § 270 Abs 1 an diesen Wohnsitz zu übermitteln ist. Denn gemäß § 270 Abs 4 werden die Vorschriften über den Leistungsort durch die Übermittlungspflicht nicht berührt. Mithin ist das Geld rechtzeitig von dem Ort des Grundbuchamtssitzes abzusenden (OLG 26, 201). Hinsichtlich der Erfordernisse einer andern Bestimmung sowie der späteren Änderung einer solchen Bestimmung gilt das in § 1193 A 2 Bemerkte. Für die aus einer Hypothek entstehende Grundschuld des Eigentümers ist die Sondervorschrift des § 1177 Abs 1 maßgebend (**RG** 107, 80).

§ 1195

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird [1]. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung [2].

E II 1104; P 3 712.

1. Während die sog. Inhaberhypothek nach §§ 1185 Abs 1, 1187 als Sicherungshypothek stets Buchhypothek ist, kann die sog. **Inhabergrundschuld** nicht als Buchgrundschuld, sondern nur **in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird.** Jedoch finden nach § 1192 auf die Inhabergrundschuld außer den in Satz 2 genannten Vorschriften auch die §§ 1187—1189 (wie übrigens die Vorschriften über die Hypotheken überhaupt) entsprechende Anwendung. Daher gilt das zu diesen Paragraphen Bemerkte, soweit es die Inhaberhypothek betrifft, auch für die Inhabergrundschuld, es sei denn, daß sich aus den nach Satz 2 anzuwendenden Vorschriften (A 2) etwas anderes ergibt. Hervorzuheben ist: Nach § 1188 genügt zur Bestellung der Inhabergrundschuld die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß er die Grundschuld für den Briefinhaber bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch. Nach § 1189 kann für den jeweiligen Gläubiger (A 2) ein Vertreter mit den dort genannten Befugnissen bestellt werden. Wegen des Inhabergrundschuldbriefs vgl. GBO §§ 43 Satz 2, 54 Abs 2 Satz 2 (Vorlegung bei jeder Eintragung, auch eines Widerspruchs, erforderlich, sofern nicht die Eintragung von dem bestellten Vertreter bewilligt ist), § 70 Abs 2 (ist die Inhabergrundschuld in Teile zerlegt, so ist über jeden Teil ein besonderer Brief herzustellen).

2. Die **Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber,** die **auf den Inhabergrundschuldbrief entsprechende Anwendung finden,** sind die §§ 793ff. Wegen ihrer Anwendung ist folgendes hervorzuheben: Aus den §§ 793, 794 folgt, daß, abweichend von den §§ 1117, 1163 Abs 2, der jeweilige Inhaber des Inhabergrundschuldbriefs der Gläubiger der Inhabergrundschuld wird. Das gilt auch dann, wenn ihm der Brief nicht von dem (die Grundschuld bestellenden) Eigentümer übergeben ist, ja selbst dann, wenn der Brief dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist. Die Abtretung der Inhabergrundschuld (auch die Belastung mit Nießbrauch oder Pfandrecht: §§ 1081, 1293) erfolgt nicht gemäß § 1154 Abs 1, 2, sondern durch Übergabe des Briefs (Pfändung nach §§ 808, 821 ZPO). Nicht ausgenommen von der Anwendung im § 1195 ist § 795, dessen Zweck, die Allgemeinheit gegen Ausbeutung durch schwindelhafte Unternehmungen zu schützen, auch bei der Inhabergrundschuld zutrifft. Daher darf der Inhabergrundschuldbrief nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden. Ein ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangter Brief ist nichtig (**RG** 59, 384; KJA 1, 37; OLG 29, 376). Da das Grundbuchamt nicht dazu mitwirken darf, daß eine nichtige, die Allgemeinheit gefährdende Urkunde in den Verkehr gebracht wird (vgl. auch § 145a StGB), so hat es die Eintragung der Inhabergrundschuld, der die Ausstellung des Briefs und dessen Aushändigung an den Eigentümer nachfolgen müßte, abzulehnen, wenn die staatliche Genehmigung nicht nachgewiesen wird (**RG** 59, 386; KJA 1, 38; OLG 29, 377). Ist trotzdem die Eintragung (versehentlich) erfolgt, so ist sie nichtig, da eine Inhabergrundschuld nur unter Ausstellung eines Inhabergrundschuldbriefs bestellt werden darf (A 1) und der ohne staatliche Genehmigung erteilte Brief nichtig ist. Sie kann dann auch nicht als Eigentümergrundschuld gelten. Denn diese hat zur Voraussetzung (§ 1177 A 1), daß ein hypothekarisches Recht am Grundstück an sich rechtsgültig bestellt ist (str.). — Die Einwendungen, die gegen den Inhaber des Briefs zulässig sind, ergeben sich aus § 796. Zu ihnen gehört auch die, daß die Bestellung der Grundschuld nicht rechtsgültig erfolgt sei. Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger, so erwirbt er gemäß § 797 das Eigentum an dem ihm auszuhändigenden Brief und somit auch die Grundschuld. Er kann über sie verfügen, insbesondere sie löschen lassen, ohne einer Zustimmung des bisherigen Inhabers zu bedürfen. Auch braucht er dem Grundbuchamt den Nachweis der Befriedigung nicht zu erbringen. Auf die Erneuerung des Briefs gegen Rückgabe des alten erscheint § 798 nicht anwendbar, da der Brief nicht von dem Grundschuldbesteller, sondern vom Grundbuchamt erteilt wird. An die Stelle dieser Vorschrift treten die §§ 67, 68 GBO. Für die Kraftloserklärung des Briefs ist nicht § 1162, sondern § 799 (ZPO §§ 1003ff.) maßgebend. Zahlungssperre: § 802; ZPO §§ 1019ff. Erneuerung des Briefs auch hier nicht nach § 800, sondern nach GBO §§ 67, 68. Verjährung: §§ 801, 902. Nach der herrschenden Meinung sollen auch die §§ 803—805, betreffend Zins- und Erneuerungsscheine, sowie § 806 bezüglich der Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten Anwendung finden. Beides ist jedoch abzulehnen. Über die Herstellung von Zinsscheinen enthält die GBO keine Bestimmungen. Sie könnten nur als besondere Grundschuldbriefe gestaltet werden. § 1195 läßt aber offensichtlich die Ausstellung eines Grundschuldbriefs auf den Inhaber nur für ein Grundschuldkapital zu. Ferner ist die Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Gläubigers nichts anderes als eine

Änderung des Inhalts der Inhabergrundschuld, wodurch diese zur gewöhnlichen Grundschuld wird. Eine solche Umwandlung bedarf nach §§ 877, 873 der Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer sowie der Eintragung.

§ 1196

Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden [1]).

Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung [2]).

E I 1142 II 1105; M 3 791; P 3 712.

1. Das Gesetz **gestattet** durch die Ausnahmebestimmung des § 1196 (RG 70, 357) die einseitige **Bestellung einer Grundschuld** (nicht auch einer Hypothek: A 2) **für den Eigentümer** selbst. Es will ihm auf diese Weise ermöglichen, bei der Aufnahme einer zweitstelligen Hypothek, gegen die er sich später Geld beschaffen kann, sich eine vorgehende Stelle zur Verfügung zu halten (M 3, 792). Die Grundschuld kann nicht bloß als Brief-, sondern auch als Buchgrundschuld bestellt werden. Letzterenfalls genügt zur Ausschließung der Brieferteilung, abweichend von § 1116 Abs 2 Satz 2, die einseitige Erklärung des Eigentümers; das folgt aus Abs 2. Veräußert der Eigentümer das Grundstück, so behält er die Grundschuld. Beim Rangvorbehalt dagegen geht die vorbehaltene Befugnis nach § 881 Abs 3 auf den Erwerber über. Über die Befugnisse des Eigentümers auf Grund der Grundschuld vgl. § 1197. Die Grundschuld kann auch eine verzinsliche sein; hinsichtlich der Zinsen findet dann § 1197 Abs 2 Anwendung (KGJ 37 A 294).

2. Die **Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte** (§ 875 A 7, 10), **daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden soll,** bedarf zur Rechtswirksamkeit keiner Form. Erforderlich ist jedoch, daß die Erklärung vom Eigentümer dahin abgegeben wird, es solle eine Grundschuld für ihn eingetragen werden (RG 70, 359). Die Bestellung der Eigentümergrundschuld enthält, weil sie die Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Recht bewirkt, eine Verfügung über das Grundstück. Daher bedarf der Ehemann, der mit seiner Ehefrau im Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft nach BGB lebt, zur Bestellung der Eigentümergrundschuld der Einwilligung der Ehefrau (RJA 12, 161). Der Vormund bedarf zur Bestellung der Eigentümergrundschuld am Mündelgrundstück nach § 1821 Abs 1 Nr 1, § 1831 Satz 1 der vorhergehenden Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (JFG 9, 262). Formellrechtlich gehört zur Begründung des Eintragungsantrags (§ 13 GBO), daß die Erklärung des Eigentümers aus § 1196 Abs 2 Halbsatz 1 in der Form des § 29 GBO abgegeben ist. Wegen der Voraussetzungen für die Unwiderruflichkeit der Erklärung gilt das in § 873 A 14—17 Bemerkte. Ist danach die Erklärung für den Eigentümer bindend geworden, so hat eine nach Stellung des Eintragungsantrags eintretende Verfügungsbeschränkung gemäß **§ 878** auf die Wirkamkeit der Erklärung keinen Einfluß. — Die **Eintragung** ist nicht für den Eigentümer allgemeinhin, sondern auf den Namen des bestellenden Eigentümers zu bewirken, wie sich aus den Worten „für ihn" ergibt. — Die Zulässigkeit der Grundschuldbestellung für den Eigentümer durch dessen einseitige Erklärung rechtfertigt nicht die Annahme, daß eine Hypothekbestellung als Bestellung einer Grundschuld des Eigentümers zu gelten hat, wenn die Einigungserklärung des Gläubigers nichtig, dagegen die Erklärung des Eigentümers rechtsgültig ist (§ 1177 A 1). Die Übertragung, Belastung und Pfändung einer dem Eigentümer zustehenden Grundschuld erfolgt ebenso wie bei der Grundschuld eines Dritten gemäß § 1154 (§§ 1069, 1274, 1291), ZPO §§ 857 Abs 6, 830 (RG 55, 379; 56, 12; 56, 184; §§ 1154 A 1, 1163 A 3).

§ 1197

Ist der Eigentümer der Gläubiger, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben.

Zinsen gebühren dem Eigentümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung [1]).

E I 1076, 1099, 1143 II 1106; M 3 678, 734, 744; P 3 572, 611, 712.

1. Dem **Grundschuldgläubiger,** der **zugleich Eigentümer** ist, wird die Berechtigung, die **Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung zu betreiben,** durch Abs 1 versagt, um die Benachteiligung nachstehender Berechtigter zu verhüten (Prot 3, 573). Die Vorschrift greift aber nur dann Platz, wenn rechtlich, nicht bloß wirtschaftlich, Eigentum am Grundstück und Gläu-

bigerrecht aus der Grundschuld in einer Person zusammenfallen. Sie hindert daher den Auftraggeber, der zur Sicherung seines auf § 667 gestützten Auflassungsanspruchs gegen den Beauftragten eine Grundschuld erhalten hat, an der Zwangsvollstreckung gegen den als Eigentümer eingetragenen Beauftragten nicht (RG 25. 11. 1931 V 182/31). Durch Abs 2 wird dem Gläubiger der Eigentümergrundschuld ein Anspruch auf **Zinsen nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines andern zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung** gewährt. Denn die Zinsen sind aus den Einkünften zu decken. Solange daher dem Gläubiger-Eigentümer die Einkünfte gebühren, kann er Zinsen von seiner Grundschuld nicht verlangen (M 3, 734; RG 60, 361). Der Abs 2 hindert aber nicht, daß der Inhaber aller G. m. b. H.-Anteile aus einer für ihn auf dem Grundstück der G. m. b. H. eingetragenen Grundschuld Zinsen bezieht (RG HRR 1929 Nr 389). Ob der Eigentümer die Grundschuld gemäß § 1196 von vornherein für sich bestellt oder ob er sie erst später kraft Gesetzes durch Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld (§ 1177 Abs 1) erlangt hat, macht keinen Unterschied (KGJ 46, 235). Ferner gelten die Vorschriften des § 1197 gemäß § 1177 Abs 2 auch dann, wenn eine Hypothek mit der Forderung auf den Eigentümer übergegangen ist. Das in § 1177 A 4 Bemerkte gilt für alle diese Fälle. Soweit die Beschränkungen des § 1197 nicht in Betracht kommen, ist der Eigentümer wie sonst ein Gläubiger zur Verfügung über die Grundschuld und zu ihrer Geltendmachung befugt. Überträgt er sie an einen andern, so erlangt dieser ein unbeschränktes Grundschuldrecht, da die Beschränkungen des § 1197 nur während der Dauer der Vereinigung von Eigentum und Grundschuld in einer Person gelten. Insbesondere gebühren dem neuen Gläubiger unbeschränkt auch die Zinsen, sofern ihm solche übertragen worden sind (KGJ 46, 235). Bei der Übertragung kann die Grundschuld durch Unterlegung einer Forderung zugleich gemäß § 1198 in eine Hypothek für den neuen Gläubiger umgewandelt werden. Unzulässig ist freilich die Umwandlung der Grundschuld in eine dem Eigentümer selbst zustehende Hypothek (§ 1198 A 1). Auch ist der Eigentümer befugt, einem andern Berechtigten den Vorrang vor der Grundschuld einzuräumen (§ 880). Ferner kann die Grundschuld von ihm mit einem Nießbrauch belastet, verpfändet und gegen ihn gepfändet werden, allerdings nur mit der Maßgabe, daß die Beschränkung des Abs 2 bezüglich der Zinsen auch gegenüber dem Nießbraucher, Pfand- oder Pfändungsgläubiger wirkt (§ 1177 A 4). Wird das Grundstück von einem andern zur Zwangsversteigerung gebracht, so kann der Eigentümer von dem Versteigerungserlös den auf das Grundschuldkapital entfallenden Betrag für sich erheben. Dagegen kann er Zinsen in dem Zwangsversteigerungsverfahren nicht beanspruchen (RG 60, 362). Ist im Falle der Zwangsversteigerung ein für die Eigentümergrundschuld haftendes Zubehörstück von der Versteigerung ausgeschlossen worden (§ 1181 A 1), so kann der (ausgefallene) Grundschuldgläubiger die Zwangsvollstreckung in das Zubehörstück betreiben. Denn § 1197 verbietet dem Eigentümergrundschuld-Gläubiger nur die Zwangsvollstreckung in das eigene Grundstück (RG 125, 369).

§ 1198

Eine Hypothek kann in eine Grundschuld, eine Grundschuld kann in eine Hypothek umgewandelt werden [1]). Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich [2]).

E I 1144 II 1107; M 3 795; P 3 720; 4 587.

1. Die rechtsgeschäftliche **Umwandlung einer Hypothek,** mag sie eine Verkehrs- oder eine Sicherungshypothek sein, **in eine Grundschuld** oder **einer Grundschuld,** mag sie eine Brief- oder eine Buchgrundschuld sein, **in eine Hypothek,** gleichviel ob Verkehrs- oder Sicherungshypothek, ändert den Inhalt der Hypothek oder Grundschuld. Daher bedarf es gemäß §§ 877, 873 der Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer und der Eintragung (RG 73, 53; Warn 1908 Nr 272, RJA 11, 140; OLG 34, 30). Für die Einigung gilt, was Form, Bindung usw. betrifft, hier nichts Besonderes. Es kann daher auf § 873 A 7—9, 13—17 verwiesen werden. Soll eine Grundschuld in eine Hypothek (Verkehrs- oder Sicherungshypothek) umgewandelt werden (der bei weitem häufigste Fall der Umwandlung), so muß die Einigung wie bei der Bestellung einer Hypothek zum Inhalt haben, daß die an die Stelle der Grundschuld zu setzende Hypothek zur Sicherung des bisherigen Grundschuldgläubigers für eine ihm zustehende Forderung, die bestimmt zu bezeichnen ist, dienen soll (RJA 3, 213; KGJ 31 A 339; OLG 45, 314). Deshalb wird z. B. eine durch Bezahlung materiell zur Eigentümergrundschuld gewordene, formell an den Eigentümer abgetretene Hypothek allein dadurch, daß beim Verkauf des Grundstücks der Käufer sie in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, noch nicht zu einer Hypothek für die Kaufpreisforderung (OLG 45, 314). Formellrechtlich ist zur Vornahme der Eintragung (die, wenn auf Grund des § 1 GBO landesrechtlich eine Spalte für Veränderungen eingeführt ist, in dieser Spalte zu bewirken ist) die in der Form des § 29 GBO erklärte Umwandlungsbewilligung sowohl des Gläubigers als auch des Eigentümers erforderlich, da beide durch die Umwandlung im Sinne des § 19 GBO in ihrem Rechte betroffen werden, sowie der (formlose) Eintragungsantrag eines

von ihnen (§§ 13, 30 GBO). — Wird eine Buchverkehrshypothek in eine Buchgrundschuld oder eine Buchgrundschuld in eine Buchverkehrshypothek oder in eine Sicherungshypothek umgewandelt, so bedarf es weder einer Einigung noch der Eintragung eines Vermerks über die Ausschließung der Brieferteilung im Sinne des § 1116 Abs 2. Dies gilt aber auch dann, wenn eine Sicherungshypothek in eine Buchgrundschuld umgewandelt werden soll. Vgl. hierüber § 1116 A 2. Wird eine Briefhypothek in eine Grundschuld oder eine Briefgrundschuld in eine Verkehrshypothek umgewandelt, so bleibt das umgewandelte hypothekarische Recht ein verbrieftes, wenn nicht die Erteilung des Briefs gemäß § 1116 Abs 2 ausgeschlossen wird. Dagegen wird im Falle der Umwandlung einer Briefgrundschuld in eine Sicherungshypothek das hypothekarische Recht stets zum Buchrecht, da bei einer Sicherungshypothek die Erteilung des Briefs durch das Gesetz (§ 1185 Abs 1) ausgeschlossen ist. Soll die Umwandlung einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld eingetragen werden, so ist gemäß § 42 GBO der Brief dem Grundbuchamt vorzulegen. Die Behandlung des Briefs und (bei der Hypothek) der Schuldurkunde ist verschieden, je nachdem ob eine Briefhypothek in eine Briefgrundschuld oder Buchgrundschuld oder ob eine Briefgrundschuld in eine Briefhypothek oder Buchhypothek umgewandelt wird (§§ 58, 65, 68, 69, 70 GBO; RJA 6, 75; 11, 138; OLG 10, 125). Soll eine Buchgrundschuld in eine Briefhypothek oder eine Buchhypothek in eine Briefgrundschuld umgewandelt werden, so ist ein Hypothekenbrief oder ein Grundschuldbrief gemäß §§ 56ff., 70 GBO herzustellen. — Soll bei der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek nicht eine Forderung des bisherigen Grundschuldgläubigers, sondern die Forderung eines neuen Gläubigers der Hypothek untergelegt werden, so stehen zwei Wege offen. Entweder tritt der bisherige Gläubiger (wozu er aber in der Regel nicht verpflichtet sein wird) die Grundschuld an den neuen Gläubiger ab, und der Eigentümer vereinbart darauf mit dem neuen Gläubiger die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek für dessen Forderung. Oder der Eigentümer und der neue Gläubiger vereinbaren die Unterlegung der Forderung nebst der Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek, und der bisherige Grundschuldgläubiger erteilt seine Zustimmung (RJA 7 S. 153, 233). Die Zulässigkeit des zweiten Weges ergibt sich daraus, daß nach § 1192 Abs 1 die Vorschriften des § 1180 entsprechend anzuwenden sind (str.). Dem steht nicht entgegen, daß nach § 1192 Abs 1 die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur Anwendung finden, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Daraus, daß die Grundschuld eine Forderung „nicht voraussetzt", folgt nicht, daß ihr nicht eine Forderung unter gleichzeitiger Umwandlung in eine Hypothek untergelegt werden kann. — Meist wird die Sachlage so sein, daß eine Hypothek zur Eigentümergrundschuld geworden ist und nun die Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für die Forderung eines neuen Gläubigers umgewandelt werden soll (**RG** 121, 42). Da es zu der Umwandlung der Einigung zwischen dem Grundschuldgläubiger und dem Eigentümer bedarf, hier aber der Grundschuldgläubiger zugleich Eigentümer ist und eine Einigung nicht mit sich selbst vornehmen kann, so ist in diesem Falle erforderlich, daß der Eigentümer als Grundschuldgläubiger die Grundschuld wenn nicht vor der Umwandlung, so doch mindestens zugleich mit dieser an den neuen Gläubiger abtritt. Dann ist er selbst nicht mehr Grundschuldgläubiger und kann sich als Eigentümer mit dem neuen Gläubiger über die Umwandlung einigen (str.; RJA 7, 153; KGJ 39 A 243; 45, 285; 49, 219; vgl. auch über die Auswechselung der Forderung einer Eigentümerhypothek mit einer neuen Forderung für einen neuen Gläubiger § 1180 A 1). Formellrechtlich ist aber seine in der Form des § 29 GBO abgegebene Erklärung der Umwandlung und der Umschreibungsbewilligung nebst Eintragungsantrag allein ausreichend, da nur er der in dem eingetragenen Recht Betroffene im Sinne des § 19 GBO ist (str.; RJA 3, 214; 7, 233; 9, 218; KGJ 39 A 244; 45, 285; vgl. OLG 2, 319). Zu beachten ist dabei, daß der Eigentümer sich gemäß der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO zuvor oder gleichzeitig als Gläubiger der Grundschuld eintragen lassen muß (str.; § 1163 A 3; KGJ 45, 285; a. M. OLG 1, 303; 1, 417; 2, 1; 2, 158; 2, 412). Einzutragen ist also, daß die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen und dann an den neuen Gläubiger unter Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek für die neue Forderung abgetreten sei (**RG** Warn 1909 Nr 145; KGJ 45, 285). Zulässig ist auch die Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine bedingte Forderung des neuen Gläubigers; dabei gilt dann für die Eigentümergrundschuld das in § 1113 A 7 Bemerkte (KGJ 49, 219; 51, 288). Dagegen kann der Eigentümer die Eigentümergrundschuld nicht in eine ihm gegen sich selbst zustehende Hypothek umwandeln. Das geht schon deshalb nicht, weil er die für die Hypothek notwendige Forderung nicht gegen sich selbst begründen kann (RJA 3, 213; 7, 151; KGJ 39 A 243). Aber auch in eine Hypothek für eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung vermag er die Eigentümergrundschuld nicht umzuwandeln. Denn er kann eine Einigung über die Umwandlung nicht mit sich selbst vornehmen und nach materiellem Recht eine Hypothek an seinem Grundstück überhaupt nicht für sich durch einseitige Erklärung bestellen (str.; JFG 7, 356). Sollen die Zahlungsbedingungen der Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs 1 Satz 2) bei der Abtretung und Umwandlung geändert werden, so handelt es sich um eine Änderung des Inhalts des dinglichen Rechts. Dazu bedarf es nach §§ 873, 877 der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger und der Eintragung der Änderung, wobei

jedoch keine Löschung der früheren Bedingungen erfolgt (RGJ 51, 289). Der Eigentümer kann sich bei der Umwandlung und Abtretung die Eigentümergrundschuld für das Zinsrecht vorbehalten (§ 1158 A 3). Wird auf Grund einer zwischen dem Eigentümer, dem bisherigen Gläubiger und dem neuen Gläubiger getroffenen Vereinbarung eine Hypothek, deren Forderung durch Befriedigung erloschen ist, vom bisherigen Gläubiger an den neuen Gläubiger abgetreten, als wenn sie noch als Hypothek für die bisherige Forderung bestände, so ist dies dahin aufzufassen, daß die durch die Befriedigung entstandene Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine gleichgeartete Forderung des neuen Gläubigers umgewandelt und zugleich an diesen von dem bisherigen Gläubiger mit Genehmigung des verfügungsberechtigten Eigentümers (§ 185 Abs 1) abgetreten wird (RG SeuffA 74 Nr 162; anders OLG 31, 349, wonach ein Verzicht des Eigentümers auf die Rechte aus der Befriedigung vorliegen soll; auf die gesetzliche Folge der Befriedigung, die in der Entstehung der Eigentümergrundschuld besteht, kann aber nicht verzichtet werden). Streitig ist, ob die Umwandlung einer Eigentümerhypothek (auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek: § 1177 Abs 2) in eine Eigentümergrundschuld (Grundschuld des Eigentümers) zulässig ist. Dies ist zu bejahen. Denn der Eigentümer kann gemäß § 1196 eine Grundschuld für sich durch einseitige Erklärung bestellen (str.; OLG 2, 319; a. M. JFG 7, 362, weil § 1196 Abs 2 nur für die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gelte, nicht aber auf die Umwandlung einer Eigentümerhypothek in eine Eigentümergrundschuld für anwendbar erklärt sei). — Die Wirkung der Umwandlung wird in der Regel durch die Vereinbarung der Beteiligten näher bestimmt werden. Im Falle der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld erlischt die persönliche Forderung nicht ohne weiteres (M 3, 796). Nimmt aber der Gläubiger die Grundschuld an Erfüllungs Statt an, so tritt das Erlöschen der Forderung ein (§ 364). Die Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen bleiben, wenn sie vereinbart waren, bestehen, sofern nichts anderes festgesetzt wird (RG 126, 386). Wenn nichts vereinbart war und wird, bestimmen sich fortan diese Bedingungen im Falle der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek nach dem Recht der Schuldverhältnisse, im Falle der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld nach §§ 1193, 1194 (M 3, 795; RG 107, 80). — Eine vom Eigentümer übernommene Verpflichtung, eine Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine andere Forderung des Gläubigers oder für einen neuen Gläubiger umzuwandeln, hat nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Beteiligten. Wird über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet, so kann der Gläubiger nur eine Konkursforderung gemäß §§ 3, 69 KO geltend machen (RG Gruch 53, 1121). — Eine rechtsgeschäftliche Umwandlung im Sinne des § 1198 kommt nicht in Frage, wenn eine gemäß § 1163 Abs 1 Satz 1 oder § 1163 Abs 2 wegen Nichtentstehung der Forderung oder fehlender Briefübergabe zunächst dem Eigentümer (als Grundschuld) zustehende Hypothek demnächst bei nachträglicher Entstehung der Forderung oder Briefübergabe vom Gläubiger (als Hypothek) erworben wird. Hier vollzieht sich die Umwandlung kraft Gesetzes (RG SeuffA 60 Nr 151; OLG 10, 86). Andere Fälle der gesetzlichen Umwandlung sind die der Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld gemäß § 1177 Abs 1 und einer Grundschuld in eine Hypothek gemäß §§ 1173 Abs 2, 1182.

2. Über die Bestimmung, daß **die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich** ist, sowie darüber, daß es auch der Zustimmung des etwa von dem Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners nicht bedarf, wohl aber der Zustimmung Dritter, denen ein Recht an dem hypothekarischen Recht zusteht, vgl. das in § 1186 A 2 Bemerkte.

II. Rentenschuld

§ 1199

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld) [1]).

Bei der Bestellung der Rentenschuld muß der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablösungssumme muß im Grundbuch angegeben werden [2]).

E II 1108; P 3 771.

1. Die **Rentenschuld** kann ebenso wie die gewöhnliche Grundschuld sowohl Buchgrundschuld als auch Briefgrundschuld sein (§§ 1116, 1192, 1200). Abweichend von der Hypothek kann sie auch für den Briefinhaber (§§ 1195, 1200) sowie für den Eigentümer (§§ 1196, 1200) bestellt werden. Sie unterscheidet sich von der gewöhnlichen Grundschuld hauptsächlich dadurch, daß sie nicht auf Zahlung eines Kapitals, sondern auf **Zahlung einer bestimmten Geld-**

summe (§ 1113 A 4) **in regelmäßig** (aber nicht notwendig stets in gleicher Höhe) **wiederkehrenden Terminen,** einer Geldrente, gerichtet ist. Die Zahlung eines Kapitals, nämlich der Ablösungssumme, **aus dem Grundstück** (§ 1113 A 6) kann der Gläubiger zwar in der Zwangsversteigerung (wenn die Rentenschuld durch den Zuschlag gemäß §§ 90 Abs 1, 91 Abs 1 ZVG erlischt und aus dem Bargebot zu decken ist: **RG** 86, 259) und in der Zwangsverwaltung des Grundstücks (§§ 92 Abs 3, 158 ZVG), sonst aber gemäß §§ 1201 Abs 2, 1202 Abs 3 nur dann verlangen, wenn ein Fall des § 1133 Satz 2 (Recht auf sofortige Befriedigung wegen einer die Sicherheit gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks) gegeben ist oder wenn der Eigentümer, dem allein ein Kündigungsrecht zusteht, die Rentenschuld zur Ablösung gekündigt hat. Da sonach die Belastung mit einer Rente gegenüber der Kapitalbelastung in erster Linie das Wesen der Rentenschuld ausmacht und das Gesetz eine Kündigung der Rentenschuld durch den Gläubiger nicht zuläßt, ist zur Bestellung einer Rentenschuld erforderlich, daß die fortdauernde Entrichtung einer seitens des Gläubigers zur Ablösung nicht kündbaren Rente ohne Rücksicht auf ein durch die Einzelzahlungen vom Gläubiger zu erlangendes Kapital festgesetzt wird. Sollen fortlaufend zu entrichtende Beträge zur allmählichen Zurückzahlung eines Kapitals dienen, so kann ein Grundstück hiermit nur in der Form der Hypothek oder der gewöhnlichen Grundschuld belastet werden (RJA 1, 122). Vgl. auch **RG** 85, 247; KGJ 21 A 313 (Erreichung eines ähnlichen wirtschaftlichen Zweckes durch Begründung einer Reallast). Ferner erscheint eine zeitliche Beschränkung der Rentenentrichtung mit dem Begriff der Rentenschuld unvereinbar. Denn nach dem Sinn des Gesetzes soll durch diese Belastungsart ein dauerndes Recht, das nur unter bestimmten Voraussetzungen zur „Ablösung" gebracht wird, gewährt werden (str.; RJA 1, 124; a. M. JFG 1, 500; JW 1925, 2270[3]: hier wird eine zeitliche Begrenzung des Rentenanspruchs, z. B. für Eheleute auf deren Lebenszeit, mit dem Begriff der Rentenschuld dann nicht für unvereinbar erachtet, wenn durch die Rentenzahlungen nicht die allmähliche Tilgung des Ablösungskapitals bewirkt werden soll). — Von der Reallast unterscheidet sich die Rentenschuld (abgesehen von der Zulässigkeit der Erteilung eines Rentenschuldbriefs sowie der Bestellung für den Briefinhaber und für den Eigentümer) hauptsächlich dadurch, daß der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Renten nicht persönlich haftet (vgl. § 1108) und daß die Zahlungstermine „regelmäßig" wiederkehrende sein müssen (vgl. § 1105). Ferner kann zwar eine Reallast (§ 1105 Abs 2), aber nicht eine Rentenschuld zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks (als subjektiv-dingliches Recht) bestellt werden (RJA 4, 257). Beide Rechte werden auch in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung verschieden berücksichtigt: § 92 Abs 2, 3, §§ 121, 158 ZVG. Danach bestimmt sich, wenn eine Rentenschuld durch den Zuschlag erlischt, weil sie nicht in das geringste Gebot gefallen ist, der Betrag der Ersatzleistung durch die Ablösungssumme (RJA 11, 53). — Die Rentenschuld untersteht den für die gewöhnliche Grundschuld geltenden Vorschriften der §§ 1191 ff., soweit nicht aus den §§ 1199 ff. sich ein anderes ergibt. Unzulässig ist die Bestellung einer Rentenschuld für mehrere nacheinander Berechtigte (OLG 36, 171).

2. **Die Ablösungssumme, deren fester Betrag in Geld bei der Bestellung der Rentenschuld bestimmt werden muß, ist bei der Eintragung im Grundbuch** selbst **anzugeben.** Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nach §§ 1200, 1115 nicht. Fehlt die Bestimmung oder die Eintragung der Ablösungssumme, so ist die Rentenschuld nichtig. Die Ablösungssumme muß auch im Rentenschuldbrief angegeben werden (§ 70 Abs 1 Satz 2 GBO). Sie unterliegt der freien Vereinbarung der Beteiligten und braucht in keinem bestimmten Verhältnis zu der Rente zu stehen, kann auch den bei einer Kapitalisierung der Jahresrente sich ergebenden Betrag oder den sonstigen Wert des Rentenbezugsrechts übersteigen. Sie kann, je nachdem die Ablösung in einem früheren oder späteren Zeitpunkt erfolgt, verschieden festgesetzt werden (**RG** 86, 260; RJA 11, 52).

§ 1200

Auf die einzelnen Leistungen finden die für Hypothekenzinsen [1]), auf die Ablösungssumme finden die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung [2]).

Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld [3]).

E II 1109; P 3 775, 779.

1. Von den **für die Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften,** die **auf die einzelnen Rentenleistungen** entsprechend anzuwenden sind, kommen besonders in Betracht die §§ 197 (vierjährige Verjährung), 289 (keine Verzugszinsen), 1119 (keine Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich im Falle der Erhöhung der Rente bis zu 5% der Ablösungssumme: RJA 11, 52), 1145 Abs 2 (Vorlegung des Rentenschuldbriefs im Falle der Befriedigung), 1158,

1159 (Übertragung), 1160 Abs 3 (Geltendmachung), 1178 (Erlöschen der Rückstände). Auch § 1115 Abs 1 (Angabe des Geldbetrags der Renten im Grundbuch) findet Anwendung (RG 54, 93).

2. Die für ein Grundschuldkapital, also die für die gewöhnliche Grundschuld mit Ausnahme ihrer Zinsen (§ 1192 Abs 2) **geltenden Vorschriften,** die **auf die Ablösungssumme** entsprechend anzuwenden sind, ergeben sich aus § 1192 Abs 1. Insbesondere gelten danach die §§ 1154, 1155 für die Übertragung der Rentenschuld. Die für die Höhe der dinglichen Belastung maßgebende Ablösungssumme darf nicht erhöht werden, auch dann nicht, wenn keine nachstehenden Berechtigten vorhanden sind (RJA 11, 51).

3. Die **Zahlung der Ablösungssumme wirkt** bei der Rentenschuld, was den Übergang des dinglichen Rechts kraft Gesetzes auf den Eigentümer anlangt, **gleich** der **Zahlung des Kapitals** bei **einer Grundschuld** (§§ 1143, 1192). Der Eigentümer erlangt also, wie hier eine Grundschuld, so dort eine Rentenschuld (das Recht auf die Renten). Er erlangt nicht etwa nur eine Grundschuld in Höhe der Ablösungssumme, da eine solche Umwandlung im Gesetz nicht vorgeschrieben ist (str.).

§ 1201

Das Recht zur Ablösung steht dem Eigentümer zu.

Dem Gläubiger kann das Recht, die Ablösung zu verlangen, nicht eingeräumt werden. Im Falle des § 1133 Satz 2 ist der Gläubiger berechtigt, die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke zu verlangen [1]).

E II 1110; P 3 776, 780.

1. Das Recht zur Ablösung, also gemäß § 1202 Abs 1 Satz 1 zur Kündigung der Rentenschuld, **steht dem Eigentümer zu,** und zwar unbedingt, so daß es auch durch Vereinbarung der Beteiligten nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. jedoch § 1202 Abs 2). Dagegen darf der Gläubiger die Rentenschuld nicht kündigen. **Räumt der** die Rentenschuld bestellende **Eigentümer** entgegen dem Verbot des Abs 2 Satz 1 **dem Gläubiger das Recht ein, die Ablösung zu verlangen** (die Rentenschuld zu kündigen), so ist die Rentenschuldbestellung nichtig. Denn gerade die Unkündbarkeit seitens des Gläubigers ist für die Rentenschuld von wesentlichster Bedeutung. Nur **im Falle des § 1133 Satz 2** (Recht auf sofortige Befriedigung wegen einer die Sicherheit der Rentenschuld gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks: § 1133 A 1—4) **kann der Gläubiger,** der die Gefährdung seines Rechts auf die fortdauernde Leistung der Rente nachweisen muß, die **Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück** (§ 1113 A 6; RJA 11, 53) **verlangen.** Wenn jedoch der Eigentümer die Rente zur Ablösung gekündigt hat (§ 1202 Abs 1), kann der Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit ebenfalls Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück verlangen (§ 1202 Abs 3; RG 86, 260). Erlischt im Falle der Zwangsversteigerung die Rentenschuld gemäß §§ 52, 91 ZVG durch den Zuschlag, weil sie nicht in das geringste Gebot fällt, so hat der Gläubiger Anspruch auf Zahlung der Ablösungssumme aus dem Versteigerungserlös (§ 92 Abs 3 ZVG; RG 86, 259). Hinsichtlich der Zwangsverwaltung vgl. § 158 ZVG. — In der Geltendmachung der einzelnen Rentenleistung ist der Gläubiger nicht beschränkt. Er kann daher wegen jeder fälligen Rente (nach vorheriger dinglicher Klage) die Zwangsvollstreckung in das Grundstück sowie in die nach §§ 1120 ff. (1192, 1200) mithaftenden Gegenstände betreiben.

§ 1202

Der Eigentümer kann das Ablösungsrecht erst nach vorgängiger Kündigung ausüben [1]). Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn nicht ein anderes bestimmt ist [1]).

Eine Beschränkung des Kündigungsrechts ist nur soweit zulässig, daß der Eigentümer nach dreißig Jahren unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist kündigen kann [2]).

Hat der Eigentümer gekündigt, so kann der Gläubiger nach dem Ablaufe der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke verlangen [3]).

E II 1111; P 3 776, 781.

1. Die Ablösungssumme wird, wie sich aus Abs 1, 2 ergibt, erst dann fällig, wenn die Zeit, während der die Kündigung seitens des Eigentümers nach den getroffenen Vereinbarungen nicht zulässig sein sollte, abgelaufen ist, der Eigentümer darauf (nicht schon vorher) gekündigt hat und demnächst die gesetzliche sechsmonatige oder die vereinbarte kürzere oder längere Kündigungsfrist verstrichen ist.

2. Nach Art 117 Abs 2 EG bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers nur für eine kürzere Zeit als dreißig Jahre zulassen. Eine Vereinbarung über die Beschränkung des Kündigungsrechts, soweit sie danach oder nach Abs 1, 2 zulässig ist, bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Jedoch genügt hier die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

3. Zu Abs 3 vgl. § 1201 A 1. Ist über das mit der Rentenschuld belastete Grundstück die Zwangsversteigerung eingeleitet, so ist eine nach der Beschlagnahme von dem Grundstückseigentümer erklärte Kündigung der Rentenschuld demjenigen betreibenden Gläubiger gegenüber, der der Rentenschuld im Range nachsteht, unwirksam. Hat der Ersteher im Versteigerungstermin gegen eine solche angemeldete Kündigung Widerspruch erhoben, so kann auch er ihre Unwirksamkeit geltend machen. Das folgt aus der Erwägung, daß der Rentenschuldgläubiger durch die Kündigung nach Abs 3 das Recht erlangt, nach Ablauf der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme an Stelle der Rente zu verlangen, daß also die Kündigung eine Verfügung über das von der Beschlagnahme (§§ 20, 23 ZVG) betroffene Grundstück darstellt, die gegen das zugunsten des betreibenden Gläubigers bestehende Veräußerungsverbot (§§ 135, 136 BGB) verstieß (**RG** 86, 255).

§ 1203

Eine Rentenschuld kann in eine gewöhnliche Grundschuld, eine gewöhnliche Grundschuld kann in eine Rentenschuld umgewandelt werden [1]. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich [2].

E II 1112; P 3 775, 782; 4 587.

1. Daß eine **Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld** und **diese in jene umgewandelt** werden kann, erschöpft noch nicht die Umwandlungsmöglichkeiten. Wie sich aus §§ 1186, 1198 ergibt, kann eine Rentenschuld auch unmittelbar in eine Hypothek umgewandelt werden (OLG 36, 137; A 2), indem ihr eine persönliche Forderung untergelegt wird. Zu jeder Umwandlung ist gemäß § 877 Einigung des Eigentümers und des Gläubigers sowie Eintragung der Umwandlung in das Grundbuch erforderlich. Bei der Umwandlung der Rentenschuld in eine Grundschuld wird gemäß § 1200 Abs 1 die Ablösungssumme zum Grundschuldkapital, die Rente zum Zins. Der Betrag des Grundschuldkapitals darf den Betrag der Ablösungssumme nicht übersteigen (Prot 3, 783; RJA 11, 53). Ist die Rentenschuld (oder Grundschuld) für den Eigentümer bestellt oder auf den Eigentümer übergegangen (§§ 1196, 1199, 1200 A 3), so genügt seine einseitige Umwandlungserklärung. Zur Vornahme der Eintragung ist erforderlich, daß die Eintragungsbewilligungen (§ 19 GBO) in der Form des § 29 GBO erklärt sind. Die Umwandlung der Rentenschuld in eine Hypothek während des Zwangsversteigerungsverfahrens ist in **RG** 86, 255 erörtert. Ist eine Rentenschuld in eine verzinsliche Hypothek umgewandelt, bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks aber nur die Rentenschuld in das geringste Gebot aufgenommen und der Zuschlag mit dieser Versteigerungsbedingung erteilt worden, so braucht der Ersteher die Umwandlung, deren Übernahme für ihn eine lästigere Bedingung als die des Zuschlags enthielte, nicht gegen sich gelten zu lassen (OLG 30, 96).

2. Ist dagegen die Rentenschuld (oder Grundschuld) mit dem Recht eines Dritten belastet (§ 876 A 1), so ist gemäß §§ 876, 877 die Zustimmung des Dritten erforderlich. Wird die Rentenschuld unter Ausnutzung des § 1203 Satz 2 ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten zu deren Nachteil in eine alsbald ohne Kündigung fällige Hypothek umgewandelt (A 1), so kann unter Umständen für diese Berechtigten ein Schadensersatzanspruch nach § 826 begründet sein (OLG 36, 137).

Neunter Abschnitt

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten

Erster Titel

Pfandrecht an beweglichen Sachen

§ 1204

[1] Eine bewegliche Sache [2–7] kann zur Sicherung einer Forderung [8] in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache [9] zu suchen (Pfandrecht).

Das Pfandrecht kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden [10]) [11]).

E I 1145 II 1113; M 3 797—799; P 3 440.

1. **Die Begriffsmerkmale des Pfandrechts an beweglichen Sachen (Faustpfandrechts, Fahrnispfandrechts)** sind im Abs 1 zunächst für das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht gegeben. Sie gelten aber in gleicher Weise für das gesetzliche Pfandrecht (§ 1257) und für das durch Pfändung entstandene Pfandrecht an beweglichen Sachen (ZPO § 804). Das Pfandrecht ist danach das dingliche Recht an einer fremden beweglichen Sache, das dem Gläubiger einer Forderung zur Sicherung für diese die Befugnis zur Befriedigung aus der Sache gewährt, also ein zur Forderungssicherung gegebenes dingliches Befriedigungsrecht.

Das Pfändungspfandrecht steht aber unter den Vorschriften des BGB nur, soweit sich nicht aus der ZPO etwas anderes ergibt (**RG** 61, 333, vgl. A 3 zu § 1257), und nur seinem Inhalt, nicht seiner Entstehung nach. Pfändet also der Gerichtsvollzieher bei dem Schuldner die Sache eines Dritten mit dessen Einverständnis, so entsteht kein dinglich wirksames Pfändungspfandrecht. Diese vom **RG** 60, 73 offen gelassene Frage ist zu Unrecht bejaht OLG 41, 184. In einem solchen Falle wird aber der Gläubiger in der Lage sein, der Widerspruchsklage des Dritten schuldrechtlich den Einwand des Verzichts entgegenzusetzen. Der Annahme, daß ein Vertragspfandrecht entstanden sei, steht regelmäßig die fehlende Willensrichtung der Beteiligten und weiter der Umstand entgegen, daß der pfändende Gerichtsvollzieher nicht rechtsgeschäftlicher Vertreter des Gläubigers ist (**RG** 90, 194).

2. **Bewegliche Sache.** Wegen des Begriffs Sache vgl. § 90. Da nur bewegliche Sachen verpfändet werden können, so scheiden noch stehende Bäume, Früchte auf dem Halm und sonstige wesentliche Bestandteile eines Grundstücks (§ 94) aus dem Kreise der verpfändbaren Sachen aus. Der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung sind Früchte, die vom Boden noch nicht getrennt sind, unterworfen (ZPO § 810). Gegenstand eines vertraglichen Pfandrechts können sie, wie andere Bestandteile des Grund und Bodens, nicht sein. In neueren Gesetzen ist aber ein gesetzliches Pfandrecht eingeführt worden, welches auch die noch nicht vom Grundstück getrennten Früchte ergreift, vgl. die VO v. 23. 1. 32 (RGBl I 32) und die v. 19. 1. 33 (RGBl I 23), endlich das Gesetz v. 20. 12. 33 (RGBl I 1095), sämtlich die Sicherung der Düngemittel- u. Saatgut-Versorgung betreffend. Grundstückszubehör kann, wie veräußert, so auch verpfändet werden, da die Zubehöreigenschaft die Beweglichkeit nicht aufhebt. Inwieweit Zubehör bei Hypothekbelastung des Grundstücks mit diesem haftet, ergeben die §§ 1120—1122; soweit hiernach verpfändete Zubehörstücke für die Hypothekforderung haften, geht die hypothekarische Belastung dem Pfandrechte vor. Unpfändbare Sachen (ZPO § 811) sind verpfändbar. Sie können dann gegebenenfalls auch im Wege des Pfandverkaufs veräußert werden, vgl. A 2 zu § 1233. — An einer ihm selbst gehörigen Sache kann der Gläubiger ein Pfandrecht nicht erwerben.

3. **Natürliche Selbständigkeit der Sachen; Teile.** Auch Bestandteile beweglicher Sachen können, solange die Bestandteilseigenschaft dauert, nicht für sich verpfändet werden. Also nicht das Kalb in der Kuh. Entstehung von Sonderpfandrecht an Bestandteilen ist schlechthin unmöglich. Am Anteil eines Miteigentümers kann dagegen nach § 1258 ein Pfandrecht bestellt werden. Nicht das gleiche gilt von unausgeschiedenen Teilstücken einer im Alleineigentum stehenden Sache oder Sachmenge. Wer ein Faß Wein im Eigentum hat, kann nicht ohne Ausscheidung ein Drittel davon verpfänden, weil es an der Selbständigkeit der Pfandsache mangelt. Was A 2 zu § 929 und A 3 zu § 930 für die Übereignung gesagt ist, gilt entsprechend auch für die Verpfändung.

4. **Verwertbarkeit.** Der Zweck des Pfandrechts, dem Gläubiger Befriedigung aus dem Pfande zu gewähren, führt zum Ausschlusse derjenigen Sachen von der Verpfändbarkeit, die ihrer Art nach in der vom Gesetz vorausgesetzten Weise nicht verwertet werden können. So insbesondere in der Regel jene Urkunden, die nur zum Beweise von Forderungen bestimmt, nicht, wie die Schuldverschreibungen auf den Inhaber, selbst Träger des Vermögenswerts sind. Aus diesem Grunde kann nach **RG** 66 S. 26, 27 (vgl. auch **RG** JW 04, 555[15]) ein Hypothekenbrief (**RG** 22. 6. 12 V 85/12), nach **RG** 51 S. 83, 86 eine Lebensversicherungspolice oder ein Schiffsbrief nicht für sich allein Gegenstand des Pfandrechts sein. Dasselbe hat aber auch in der Regel von Hinterlegungsscheinen (**RG** 14. 4. 16 VII 32/16) und Sparkassenbüchern (**RG** 68, 282) zu gelten. Nicht selten wird die „Verpfändung" eines solchen unselbständigen Papiers gemäß § 140 als Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts, wenn nicht sogar als Ermächtigung für den Gläubiger anzusehen sein, sich durch Benutzung der Urkunde bezahlt zu machen (Abhebung der Sparbeträge; **RG** 51, 83). Hierin liegt indessen nur eine persönliche Befugnis, kein Pfandrecht (OLG 26, 204). An einem Schiffsbrief kann aber nicht einmal ein persönliches Zurückbehaltungsrecht bestellt werden, weil ihn das seiner gesetzlichen Bestimmung entziehen würde (HRR 1933 Nr 938). — Unter dem Worte „Verpfändung" kann sich auch ein anderes Rechtsgeschäft, z. B. eine Sicherungsübereignung oder Abtretung bergen. So bei der Verpfändung von Mieten (OLG 26, 203).

5. **Sachgesamtheiten.** Inbegriffe von Sachen können als solche nicht Gegenstand des Pfandrechts sein. Vom Pfandrecht ergriffen werden stets nur die einzelnen körperlichen Sachen. Für

jede dieser einzelnen Sachen müssen die Voraussetzungen zur Entstehung des Pfandrechts vorliegen; bei jeder einzelnen muß, wenn es sich um den Rang des Rechtes handelt, besonders geprüft werden, in welchem Zeitpunkte die Summe aller wesentlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtes (§§ 1205ff.) erfüllt worden ist. So RG 53, 218 (Holzlager), 16. 5. 05 VII 537/04 (Warenlager), JW 06, 224[7]; RG 68, 49 (Verlagsunternehmen), 70, 228; 95, 235 (Gewerbe- oder Handelsunternehmen, Zeitungsverlag). Dies hindert nicht, die einzelnen zu verpfändenden Gegenstände bei der Einigung über die Pfandbestellung mit der Gesamtbezeichnung zusammenzufassen. Aus dem Gesagten folgt, daß reale Teile von Sachgesamtheiten verpfändet werden können, ideelle nicht. — Mit dem oben an die Spitze gestellten Grundsatz hat auch das schon in Abs 1 der A 6 zu § 930 erwähnte Gesetz, betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter, vom 9. 7. 26 (RGBl I 399), das sogenannte **Pächterkreditgesetz,** nicht gebrochen. Es wird zwar „das Inventar" verpfändet, von dem Pfandrecht ergriffen werden aber nur die einzelnen Inventarstücke, und auch diese nur, soweit sie nicht von der Verpfändung ausgenommen sind, § 3 des Ges. Bei jedem einzelnen Stück ist außerdem zu untersuchen, ob es dem Pächter gehört und ob etwa der Gläubiger wegen seines guten Glaubens an das Eigentum des Pächters das Pfandrecht auch dann erworben hat, wenn es dem Pächter nicht gehört, § 4 des Ges. Im Wege des Pfandverkaufs wird auch nicht das Inventar im ganzen veräußert, sondern nur das einzelne Stück; es brauchen dabei endlich auch nicht alle Stücke veräußert zu werden, § 10 des Ges. „Inventar" bedeutet in dem genannten Gesetz dasselbe wie in § 586, nämlich die Gesamtheit der beweglichen Sachen, welche der landwirtschaftlichen Betriebsführung auf einem bestimmten Grundstück dienen; nur tritt an die Stelle der Zugehörigkeit zu dem Grundstück als solchem die Zugehörigkeit zu dem landwirtschaftlichen Betriebe des Pächters (RG 142, 201).

6. Geld kann als bewegliche, körperliche Sache ebenfalls verpfändet werden. Zu prüfen wird jedoch immer sein, ob die Beteiligten die Sicherung durch die Übergabe des Geldes wirklich in dem Sinne vereinbart haben, daß die Geldstücke im Eigentum des Hingebenden bleiben und nur mit einem Pfandrechte zugunsten des Empfängers belastet sein sollen, oder dahin, daß der Empfänger Eigentümer werden soll (vgl. § 1205 A 7 Abs 2). Auf letzteres wird es deuten, wenn eine Verzinsung vereinbart ist. Daß nur Sicherung der Endzweck des Geschäfts ist, steht der Übereignung nicht im Wege — Sicherungsübereignung —. Vgl. A 7 Abs 2 zu § 1205.

7. Zukünftige Sachen. Da Sache nach § 90 „körperlicher Gegenstand" ist und körperliche Gegenstände nur wirklich bestehende Gegenstände sind, so ist es unmöglich, daß ein Pfandrecht an einer zukünftig erst entstehenden oder selbständig werdenden Sache schon vor ihrer Entstehung ins Leben tritt. Dagegen ist es möglich, die Entstehung eines Pfandrechts an einer künftigen Sache auf rechtsgeschäftlichem Wege vorzubereiten. Die Einigung über die Bestellung des Pfandrechts kann auch über Sachen, die ein selbständiges Dasein noch nicht haben, auf den Fall, daß sie solches erlangen, von vornherein getroffen werden. So kann vereinbart werden, daß der Gläubiger ermächtigt sein soll, die Früchte des dem Schuldner gehörenden Grundstücks einzuernten und als Pfand für seine Forderung zu behalten, daß Bestandteile bei ihrer künftigen Trennung verpfändet sein sollen, Ersatzstücke an die Stelle einzelner abgehender Pfandstücke treten sollen („Surrogierungsklausel"; RG 53, 218). Festzuhalten ist aber dabei, daß das Pfandrecht nicht vor dem Zeitpunkt ins Leben tritt, in dem die Pfandsache als selbständige Sache wirklich besteht, und auch dann nur entsteht, wenn alle Bestellungsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. § 1205).

8. Zur Sicherung einer Forderung. Das Pfandrecht ist in seinem Bestand abhängig von dem Bestande der Forderung, zu deren Sicherung es dienen soll. Es ist von ihr untrennbar, und hat ohne sie keine Lebensfähigkeit, darin liegt seine sog. „Akzessorietät". Die Forderung muß dem Gebiete des Vermögensrechts angehören und entweder auf Geldleistung gerichtet sein oder doch im Falle der Nichterfüllung in eine Geldforderung übergehen können. Das Pfandrecht für die ursprüngliche Forderung verwandelt sich dann ohne weiteres in Pfandrecht für die Ersatzforderung, vgl. aber wegen des Pfändungspfandrechts RG 114, 386 und A 2 zu § 1210. Die Forderung kann sich gegen den Pfandbesteller und Eigentümer des Pfandes, oder gegen einen Dritten richten (Pfandbestellung für fremde Schulden; RG 12. 2. 08 VII 313/07). Besondere Formvorschriften, wie bei der Bürgschaft, sind dafür nicht gegeben. Ist die Forderung von vornherein nichtig, so entsteht kein Pfandrecht. Ist jedoch im Wege des § 140 statt der von den Beteiligten beabsichtigten Forderung eine andere entstanden, so muß auch das Pfand als für diese bestellt gelten. Ob man noch einen Schritt weitergehen und annehmen darf, daß das Pfandrecht auch zugunsten anderer Forderungen aufrechterhalten wird, die an Stelle der ursprünglich beabsichtigten, aber eines Nichtigkeitsgrundes wegen nicht ins Leben getretenen Forderungen entstanden sind (Bereicherungsansprüche), ist zweifelhaft und jedenfalls nicht im allgemeinen zu bejahen. Eine Aushilfe wird in solchen Fällen zumeist das Recht der Zurückbehaltung der vermeintlich zu Pfand gegebenen Sache bis zur Erfüllung der Forderung bieten, § 273 (RG 66, 26; 136, 426). Wegen der Bestellung eines Pfandrechts für Forderungen aus an sich unwirksamen Börsentermingeschäften vgl. § 54 des Börsengesetzes v. 22. 6. 96/8. 5. 08 und dazu RG JW 1921, 464[6] (tritt der Erlös auftragsgemäß verkaufter Pfänder an deren Stelle?). Ansprüche, die nicht Forderungen

sind, können durch Pfandrecht nicht gesichert werden. So nicht der Ausgleichsanspruch nach § 2050 (RG 14. 5. 12 VII 46/12) und die Ansprüche auf Unterlassung, soweit diese nicht im Nichterfüllungsfall in Geldforderungen übergehen. Ebenso nicht dingliche Rechte, wie z. B. die Grundschuld oder die Hypothek. Was RG 93, 234 für die Bürgschaft ausgesprochen ist, gilt auch für das Pfandrecht. Es kann aber jemand die Gewähr dafür übernehmen, daß eine Grundschuld oder eine Hypothek zur Hebung gelangt, und für die so übernommene Verpflichtung kann er ein Pfandrecht bestellen. Selbstverständlich können auch durch Pfandrecht gesichert werden Vertragsstrafen, auch wenn sie für den Fall einer Verletzung von Ansprüchen oder Rechten vereinbart sind, die durch ein Pfandrecht unmittelbar nicht sicherbar sind.

Die verjährte Forderung kann durch Pfand gesichert werden. Dies ergibt sich aus den §§ 222, 223 mit Notwendigkeit. Denn abgesehen davon, daß nach § 222 Abs 1 durch die Verjährung der Anspruch nicht erlischt und nach § 223 die Verjährung das bestehende Pfandrecht (abgesehen von dem Pfandrechte für die Zinsenrückstände) nicht berührt, räumt § 222 Abs 2 der Sicherheitsleistung für den bereits verjährten Anspruch Wirksamkeit selbst dann ein, wenn die eingetretene Verjährung dem Sicherheitsleistenden unbekannt war. Bei den übrigen Fällen, in denen das Gesetz zwar die Geltendmachung einer Verbindlichkeit nicht zuläßt, gleichzeitig aber die Rückforderung des zur Erfüllung Geleisteten versagt, darf aus dem letzteren Umstande nicht ohne weiteres abgeleitet werden, daß eine natürliche Verbindlichkeit vorliege, die durch Pfand gesichert werden könne. Es ist vielmehr auf den Grund der Gesetzesvorschrift zurückzugehen. Überall, wo der Verbindlichkeit die Anerkennung versagt wird, weil sie einem Verhalten zugute käme, das gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist auch der Bestärkung einer solchen Verbindlichkeit und damit der Bestellung des Pfandrechts zu ihren Gunsten die Anerkennung zu versagen. So in den Fällen des § 817. Die Anordnung, daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, beruht nicht auf der Erwägung, daß der beiderseitige Verstoß sich ausgleiche und deshalb die Rechtsänderung Schutz verdiene, sondern auf der Erwägung, daß dem Leistenden gegen den Schaden, den er sich durch den Verstoß selbst zugefügt, kein Rechtsschutz gebühre. Die Möglichkeit der Bestellung des Pfandrechts muß aber auch in den Fällen verneint werden, in denen das Gesetz zwar nicht die zugrunde liegende Rechtshandlung verbietet oder als sittenwidrig erachtet, aber den Gedanken des Zwanges zur Erfüllung als dem Rechtsgefühl zuwiderlaufend ablehnt. So bei Spiel und Wette und bei dem Heiratsvermittlerlohn. Zuzulassen aber wird die Pfandbestellung in den Fällen sein, in denen sie zugunsten der Verbindlichkeit aus einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandspflicht erfolgt (§ 814). Denn für diese Fälle ist aus dem Gesetze selbst nichts ersichtlich, was der Verstärkung der sittlichen Pflicht oder Anstandspflicht durch die Beteiligten entgegenstehen sollte. Ob mit der Pfandbestellung solchenfalls gleichzeitig eine klagbare Forderung geschaffen ist, ergeben die Umstände des Falles.

9. Befriedigung aus der Sache, d. h. durch die Verwertung der Sache selbst, nach Maßgabe des Gesetzes. Ist vereinbart, daß der Gläubiger nur aus den Früchten der Sache Befriedigung suchen, daß ihm dagegen Befriedigung aus der Sache selbst zu suchen überhaupt nicht zustehen soll, also insbesondere auch dann nicht, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger — etwa ein Pfändungspfandgläubiger — zur Pfandversteigerung schreitet, so ist ein Pfandrecht an der Sache nicht bestellt. Vereinbar dagegen ist das Pfandrecht an der Sache mit einem Übereinkommen, daß der Pfandgläubiger sich nach und nach aus den Früchten für Zinsen und Kapital zu befriedigen hat und sich nur dann an die Pfandsache selbst halten darf, wenn die Früchte ausbleiben oder ein Dritter zum Pfandverkaufe schreitet.

10. Künftige oder bedingte Forderung: eine Forderung, deren zukünftige Entstehung bei der Pfandbestellung in Aussicht genommen wird, und die für den Fall ihrer Entstehung durch das Pfand gesichert werden soll (RG Warn 1912, Nr 383). Die Vorschrift hat Bedeutung für aufschiebend bedingte, betagte und für solche Forderungen, die nur künftig möglicherweise entstehen werden. Aus der Freiheit, ein Pfandrecht für künftig möglicherweise entstehende Forderungen zu bestellen, muß aber weiter darauf geschlossen werden, daß es auch zulässig ist, ein Pfandrecht für eine Forderung zu bestellen, die nur möglicherweise jetzt besteht, deren Bestand aber ungewiß ist. Das ergibt sich auch aus § 232. Pfandbestellungen dieser Art sind insbesondere zur Sicherung der aus einer Geschäftsverbindung „jetzt schon bestehenden oder künftig noch entstehenden" Forderungen üblich (RG 22. 5. 12 V 294/11); der Kreis der Forderungen, denen das Pfandrecht Sicherheit bieten soll, muß bestimmt erkennbar sein. Die Erklärung, daß das Pfandrecht zugunsten aller Forderungen eines bestimmten Gläubigers an einen bestimmten Schuldner dienen soll, genügt (RG 78, 26; JW 1911, 367[23]). Eine dem § 1115 entsprechende Vorschrift ist für das Fahrnispfandrecht nicht gegeben. Im Grundbuchverkehr kommt das z. B. dadurch zum Ausdruck, daß die Verpfändung einer Hypothek, die zur Sicherung einer dem Betrage nach unbestimmten Forderung erfolgt ist, eingetragen werden kann, ohne daß es der Angabe eines Höchstbetrags der Forderung bedarf (RJA 12, 262). Pfandrechte für künftige, betagte, bedingte und ungewisse Forderungen sind, weil jedes Pfandrecht in seinem Bestande von dem Bestande der Forderung abhängt, insoweit, als ihnen eine schon bestehende Forderung

nicht entspricht, eigentlich nicht Pfandrechte, sondern nur Rechtsgebilde, die sich zu wirklichen Pfandrechten entwickeln können und die deshalb, sowie aus Gründen des Verkehrsbedürfnisses vom Gesetz auch während des Schwebezustandes als Pfandrechte bezeichnet und behandelt werden.

11. Vereinbarte Beschränkungen. Mangels einer verbietenden Bestimmung im Gesetze kann das Pfandrecht bei der Bestellung an Bedingungen geknüpft und zeitlich eingeschränkt werden. Eine Vereinbarung dahin, daß z. B. bei Verpfändung für künftige Forderungen aus einer Geschäftsverbindung das Pfand nur bis zu einer bestimmten Höhe haften soll, beschränkt nicht das Pfandrecht auf einen Wertteil des Pfandgegenstandes, sondern beschränkt nur die Sicherung auf einen Höchstbetrag der Forderung und ist in diesem Sinne zulässig und wirksam. Hat jemand auf Zeit ein Pfand für eine fremde Schuld bestellt, so wahrt der Gläubiger die Frist, wenn er vor ihrem Ablauf dem Verpfänder ankündigt, er werde das Pfand in Anspruch nehmen; so **RG** 68, 145 unter Hinweis auf § 777, ohne indessen die Frage ausdrücklich zu entscheiden.

§ 1205

[1] [2] Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigentümer [3] die Sache dem Gläubiger [4] übergibt [5] und beide darüber einig sind [6], daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll [7]. Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts [8].

Die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt [9] [10].

E I 1147 II 1114; M 3 800—802; P 3 441—443.

1. Schaffung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft, Pfandbestellung. Die §§ 1205ff. beschäftigten sich nur mit dem Rechtsgeschäfte, das unmittelbar die Schaffung des Pfandrechts zum Gegenstande hat und sie bewirkt. Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, für eine Forderung ein Pfand zu bestellen, ist ausschließlich nach den Vorschriften über das Recht der Schuldverhältnisse zu beurteilen. Eine solche Verpflichtung ist nicht Voraussetzung der Pfandbestellung (**RG** 26. 11. 13 V 275/13). Ob eine bei Abschluß des Vertrags über die zugrunde liegende Forderung, z. B. des Darlehnsvertrags, getroffene, auf die Pfandbestellung bezügliche Abrede lediglich die Übernahme einer Verpflichtung zur Pfandbestellung enthält oder schon die zur Entstehung des Pfandrechts führende Einigung über die dingliche Rechtsänderung, ist Sache der Auslegung im einzelnen Falle. Ebenso ist es Frage der Auslegung, ob nach dem Willen der Beteiligten in den auf die Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung gerichteten Erklärungen zur Einigung über die Pfandbestellung auch die Übernahme einer Verpflichtung zur Pfandbestellung — zur Übergabe des Pfandes — zu erblicken ist.

2. Verwandtschaft mit den Grundsätzen über die Eigentumsübertragung. Die Vorschriften über die Pfandrechtsbestellung schließen sich, obwohl diese nur eine Belastung, keine Veräußerung der Sache bedeutet, auf das engste an die Vorschriften über die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen an, nur wird die Überlassung des Besitzes an den Erwerber bei der Pfandrechtsbestellung noch strenger und ausnahmsloser gefordert als bei der Eigentumsübertragung. Der Abs 1 des § 1205 insbesondere ist dem § 929 wörtlich nachgebildet. Auf die Anmerkungen zu § 929 ist daher hier Bezug zu nehmen. Hervorzuheben ist, daß sowohl die Einigung über die Pfandbestellung als auch die Einigung über die Übernahme der Gewalt an der Sache durch den Pfandgläubiger der tatsächlichen Erlangung der Gewalt durch den Pfandgläubiger vorausgehen kann (**RG** Warn 1912 Nr 433). Es steht sogar nichts im Wege, daß jene Einigungen schon erfolgen, bevor der Verpfänder selbst das Eigentum erlangt hat. (Künftige Bestandteile von Warenlagern.) Das zur Pfandrechtsbestellung erforderliche Einigsein muß aber zur Zeit der Übergabe der Pfandsache noch vorhanden sein (**RG** 2. 5. 33 VII 34/33). Es braucht allerdings nicht bewiesen zu werden, wenn keine Einwendungen dagegen erhoben werden (**RG** 20. 12. 18 VII 191/18).

3. Eigentümer. Wegen der Verpfändung durch den Nichteigentümer vgl. § 1207 (gutgläubiger Erwerb) und § 185 (Erwerb durch Verfügung des Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten und Erwerb durch nachträgliches Wirksamwerden — Konvaleszenz —).

4. Gläubiger ist bei Bestellung des Pfandrechts für eine künftige oder eine möglicherweise entstehende Forderung (§ 1204 Abs 2) derjenige, dem diese künftige oder mögliche Forderung in Aussicht steht. Eine wirkliche Stellvertretung kommt, wenn ein Pfand bestellt werden soll, ebenso wie wenn eine Sache übereignet werden soll, nur bei der das erforderliche Einigsein herstellenden Einigung in Frage, A 5 zu § 929. Bei der Übergabe können dritte Personen mitwirken, auf der Seite des Pfandgläubigers aber nur Besitzmittler oder Besitzdiener, A 3 zu § 929 und wegen des Besitzmittlers **RG** 118, 253, wegen des Besitzdieners **RG** 67, 421; 77, 201. Besitzmittler darf der Verpfänder selbst aber nicht sein, eine dem § 930 entsprechende Vorschrift ist für

das Bestellen eines Pfandes nicht gegeben. Soll das Pfand einem Abwesenden bestellt werden, so kann bei der Einigung ein Dritter als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftreten (§ 177) und, wenn weder ein Besitzdiener noch ein Besitzmittler des Gläubigers gegenwärtig ist, kann der Verpfänder die Sache dem Dritten zur Verwahrung übergeben, den mittelbaren Besitz dem Gläubiger übertragen und die Verpfändung dem Dritten anzeigen. Genehmigt der Gläubiger alsdann die Einigung (§ 184), so ist das Pfandrecht nach Abs 2 entstanden.

5. Übergabe. Einräumung des Besitzes an den Gläubiger: der Eigentümer und Verpfänder muß seinen Besitz (oder doch — anders als bei der Übereignung, A 4 zu § 929 — seinen Alleinbesitz — § 1206 —) aufgeben (RG 57, 324), der Gläubiger muß den Besitz (oder doch den Mitbesitz — § 1206 —) mit dem Willen des Verpfänders erlangen. Erlangt der Gläubiger den Besitz ohne oder gegen den Willen des verpfändenden Eigentümers, so erlangt er trotz vorheriger Einigung über die Pfandbestellung kein Pfandrecht. Vereinbart der Mieter mit dem Vermieter, daß dieser an den künftig in die Mietsräume einzubringenden Sachen zugunsten rückständiger Miete Pfandrecht haben und zur Besitzergreifung ermächtigt sein soll, so erlangt der Vermieter Pfandrecht nur, wenn die Besitzergreifung auf Grund dieser Vereinbarung mit Zustimmung des Mieters erfolgt, nicht aber dann, wenn der Mieter vor der Besitzergreifung seine Zustimmung zurückgezogen und der Vermieter trotzdem Besitz ergriffen hat (RG 53, 220; JW 05, 290[15]). Einigung und Übergabe sind nach § 1205 eben zwei selbständig nebeneinanderstehende Erfordernisse. Die Einigung kann vorhanden sein und doch kann der Eigentümer Übergabe und Besitzübergang nicht wollen (RG JW 08, 681[13]). Der Pfandgläubiger verliert deshalb das Pfandrecht wieder, wenn er den ihm eingeräumten Pfandbesitz vertragswidrig länger als verabredet behält (RG JW 1914, 681[10]).

Die Besitzeinräumung kann auf verschiedene Art erfolgen, insbesondere auch durch Überlassung des Besitzes an dem Raume, in dem die Pfandsache lagert. Dazu kann unter Umständen die Übergabe der Schlüssel genügen, selbst wenn sich nachher noch ein ebenfalls das Schloß schließender Schlüssel beim Verpfänder finden sollte (RG 27. 9. 04 VII 105/04; Gruch 48, 955). Selbst heimliches Zurückbehalten passender Schlüssel schadet nichts (RG 103, 100). Vorausgesetzt ist aber, daß die Schlüsselübergabe im einzelnen Fall dem Gläubiger auch tatsächlich ein Herrschaftsverhältnis oder Mitherrschaftsverhältnis über die Pfandsache verschafft hat (RG 77, 207). Die Übergabe von Schlüsseln zu einem Raume aber, oder die Überweisung eines Raumes, an dem der Verpfänder die Mitbenutzung tatsächlich und offenkundig behält, genügt für sich allein nicht, dem Gläubiger den nach § 1205 nötigen ausschließlichen Besitz zu gewähren (RG 66, 258; SeuffA 66 Nr 70). Es schadet aber nichts, wenn die Schlüssel dem Verpfänder gelegentlich und vorübergehend zur Vornahme bestimmter Verrichtungen in den Räumen anvertraut werden (RG SeuffA 62 Nr 57, vgl. auch A 4 zu § 929). Darin, daß der Verpfänder die zum Pfand bestimmten Gegenstände gesondert aufstapeln und mit Pfandtafeln versehen läßt, liegt keine Übergabe im Sinne des § 1205, wenn der Verpfänder die Möglichkeit der Gewaltausübung über die Sache behält (RG 74, 146). Anders, wenn die aufgestapelten Sachen vereinbarungsgemäß durch die Leute des Pfandgläubigers so bewacht werden, daß dadurch der Zugriff des Verpfänders auf sie unmöglich ist (RG Warn 1912 Nr 433). — Wegen der besonders strengen Anforderungen des § 808 ZPO vgl. RG 118, 278.

Auch eine **Hinterlegung** kann bei der Pfandbestellung vorkommen. Hinterlegt der Verpfänder ein Wertpapier für den Gläubiger, etwa weil dieser im Verzuge der Annahme ist, und geschieht weiter nichts, so entsteht noch kein Pfandrecht, denn die Hinterlegungsstelle besitzt nur für den Verpfänder, der das Papier jederzeit zurücknehmen kann. Der Gläubiger hat wohl die Befugnis, sich das Papier herausgeben zu lassen, aber die Hinterlegungsstelle besitzt nicht für ihn, weil es an einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 fehlt und fehlen muß. Das Rücknahmerecht des Verpfänders steht entgegen, vgl. A 2 zu § 868. Endet dieses Recht des Verpfänders, sei es durch seinen Verzicht, sei es durch die Annahmeerklärung des Gläubigers, § 376 Abs 2 Nr 1 u. 2), so endet auch der mittelbare Besitz des Verpfänders, die Einräumung des Besitzes an den Gläubiger gilt als geschehen, § 378, und die Hinterlegungsstelle verwahrt das Papier nur noch für den Gläubiger als mittelbaren Besitzer. Damit ist das Pfandrecht entstanden. Das ist aber keine Besonderheit der Hinterlegung, wie RG 135, 275 meint, nur eine Anwendung der oben in A 4 erwähnten Grundsätze über die Mitwirkung dritter Personen bei der Übergabe. Hinterlegt der Verpfänder das Papier für mehrere sich streitende Gläubiger, so bleibt ihm auch hier zunächst der alleinige mittelbare Besitz, doch kann die Rücknahme schon durch die Annahmeerklärung eines Gläubigers ausgeschlossen werden, A 2 zu § 376. Endet das Rücknahmerecht, so erlangen die Gläubiger mittelbaren Mitbesitz, A 2 zu 868. Ein Pfandrecht entsteht damit für denjenigen von ihnen, welcher auf Grund der sonstigen Umstände als der Allein- oder der Bestberechtigte anerkannt wird. Haben mehrere ein Recht von derselben Güte, so entstehen für sie Pfandrechte von gleichem Range. Mit diesen Darlegungen stimmt RG Warn 1914 Nr 58 insofern überein, als auch dort angenommen wird, daß die Übergabe einer Sache an den Notar als Treuhänder aller Beteiligten diese sämtlich zu mittelbaren Mitbesitzern macht, und daß mittelbarer Mitbesitz zum Erwerb des Pfandrechts ausreicht.

Von dem **Grundsatz** des BGB, daß ein Pfandrecht an beweglichen Sachen außer Schiffen nur durch Einräumung des Besitzes, § 1205, oder doch des Mitbesitzes, § 1206, bestellt werden kann, hat das Gesetz, betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter, v. 9. 7. 26 (RGBl I 399), das sogenannte **Pächterkreditgesetz** — A 6 zu § 930 und A 5 zu § 1204 —, eine **Ausnahme** gemacht. Danach kann der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks an dem ihm gehörenden Inventar einem zugelassenen Kreditinstitut zur Sicherung eines ihm gewährten Darlehens ein Pfandrecht ohne Besitzübertragung bestellen, § 1. Erforderlich ist dazu die Einigung des Pächters und des Gläubigers darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, und die Niederlegung des der Schriftform bedürftigen Verpfändungsvertrags bei dem zuständigen Amtsgericht. Der Vertrag muß die Einigung, den Geldbetrag der Forderungen und etwaiger Nebenleistungen, den Zinssatz und die Abreden über die Fälligkeit der Forderung ergeben, § 2. Die Eintragung des Pfandrechts in ein öffentliches Buch oder die Aufnahme des Vertrags in ein öffentliches Verzeichnis wird zur Entstehung des Pfandrechts nicht erfordert, vgl. A 6 Abs 1 zu § 930, auch A 5 zu § 1204. Aus der Art der Bestellung dieses Inventarpfandrechts ergab sich die Notwendigkeit zahlreicher Einzelvorschriften, namentlich über gutgläubigen Erwerb des Pfandrechts an nicht dem Pächter gehörenden Inventarstücken, § 4, über das Freiwerden einzelner Stücke von der Haftung durch Verfügungen des Pächters, § 5, über das Verhältnis des Gläubigers zu dem Verpächter und seinem gesetzlichen Pfandrecht, § 11, und über das Verhältnis zu Sicherungsübereignungen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vorgenommen sind, § 22. Wenn das Pachtverhältnis durch Kündigung bereits beendet ist, kann die später eingebrachte Ernte nicht mehr unter das Pfandrecht fallen, weil der Pächter sie nicht mehr erwirbt und das Pfandrecht des Kreditinstituts sich nur auf dessen Eigentum erstreckt (**RG** 19. 12. 30 VII 78/30).

Eine andere, minder erhebliche Ausnahme von dem an die Spitze gestellten Grundsatz hat das **Kabelpfandgesetz vom 31. 3. 25** (RGBl I 37) gebracht. Ein von der Reichspost genehmigtes und dem Verkehr mit dem Ausland zu dienen bestimmtes Hochseekabel kann nur verpfändet werden durch die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger über die Entstehung des Pfandrechts, die Einwilligung des Reichspostministers und die Eintragung des Pfandrechts in das Kabelbuch (§§ 1, 2). Bei der für den allgemeinen Verkehr nur geringen Bedeutung dieses Gesetzes braucht hier darauf näher nicht eingegangen zu werden. Vor dem Erlaß des neuen Gesetzes waren die Hochseekabel praktisch unverpfändbar.

6. Einig sind vgl. § 929.

7. Daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Hier trennen sich die Wege der Pfandbestellung einerseits und der sonstigen Besitzüberlassungen zum Zwecke der Sicherung anderseits. Als solche kommt einmal in Betracht die Überlassung des Besitzes zur Sicherung in der Form der Einräumung eines rein persönlichen Zurückbehaltungsrechts. Dies wird dann anzunehmen sein, wenn dem Gläubiger die Veräußerung der Sache zum Zwecke der Befriedigung vereinbarungsgemäß nicht zustehen soll. Als fernere nicht pfandrechtliche Sicherungsübergabe zählt hierher die Übergabe von Vollmachten und sonstigen Ermächtigungspapieren (Legitimationspapieren), auf Grund deren der Gläubiger in der Lage ist, der Vereinbarung entsprechend im Falle des Verzugs des Schuldners durch Einhebung von Außenständen und Aneignung des Erlangten sich für seine Forderung zu befriedigen. Der Gläubiger hat hier weder Pfandrecht an dem übergebenen Papiere, das in der Regel für sich nicht verpfändbar sein wird, noch Pfandrecht an der Forderung, auf die sich etwa das Papier bezieht, sondern ist lediglich Bevollmächtigter zum eigenen Nutzen. Zu scheiden ist dieser Fall wieder von dem der Verpfändung von Inhaberpapieren und von Papieren, die durch Indossament übertragen werden können (§§ 1292—1295), in denen mit dem Pfandrecht am Papier Pfandrecht an der Forderung entsteht, und von dem Falle der Pfandbestellung durch Übergabe von Lagerscheinen, Ladescheinen und Konnossementen (HGB §§ 424, 450, 647), in denen die Übergabe des Scheines die Wirkung der Übergabe der Ware hat. Die Übergabe einer Bescheinigung der Zollbehörde über die Einlagerung von Ware genügt aber nicht als Übergabe der Ware, wenn der Verpfänder die tatsächliche Verfügung darüber behält (**RG** Warn 1913 Nr 293). Die dritte, wichtigste und häufigste nichtpfandrechtliche Sicherungsübergabe erfolgt bei der **Sicherungsübereignung** (vgl. hierzu § 930 A 6). Ihre Wirksamkeit im Hinblick auf § 1205 hängt davon ab, ob der ernste Wille, Eigentum zu übertragen, vorhanden war (**RG** 57, 175; 59, 146; 61, 432; 62, 126; JW 02 Beil 259; Warn 1910 Nr 404). Stellt sich die Sicherungsübereignung aber als Scheingeschäft dar, abgeschlossen, um eine Pfandbestellung zu verdecken, so finden nach § 117 Abs 2 die für die Pfandbestellung geltenden Vorschriften Anwendung. Erfüllt das Geschäft die Voraussetzungen der Pfandbestellung, so entsteht Pfandrecht; erfüllt es aber diese Voraussetzungen nicht, weil etwa der Besitz oder Alleinbesitz bei dem Verpfänder geblieben ist, so ist weder Eigentum übergegangen noch Pfandrecht entstanden.

Die Einigung darüber, ob dem Gläubiger Pfandrecht zustehen soll, ist auch entscheidend für die Frage der Rechtsnatur des **„unregelmäßigen Pfandes“** (pignus irregulare). Sind vertretbare Sachen (Geld, Wertpapiere) zur Sicherung für Forderungen dem Gläubiger mit der Ermächtigung übergeben worden, an deren Stelle gleichartige Sachen zurückzugewähren oder

darüber zu seinem Nutzen zu verfügen (vgl. DepotG v. 5. 7. 96 § 2), so kann darin wie im Falle des § 700 ein Darlehn des Schuldners an den Gläubiger zu erblicken sein, das der Gegenforderung des Gläubigers zur Deckung dient. Dies wird häufig dann der Fall sein, wenn die Sicherungshingabe unter der Vereinbarung erfolgt, daß dadurch der Gläubiger sofort das Eigentum an dem Hingegebenen erhalten soll (vgl. § 1204 A 6). Wegen des als „Flaschenpfand" hingegebenen Geldes vgl. Oertmann in LZ 1918, 479ff. Ging aber die Vereinbarung dahin, daß der Gläubiger nicht Eigentum, sondern Pfandrecht an den hingegebenen Papieren erhalten und nur ermächtigt sein soll, sie im Falle des Bedürfnisses (Auslosung, Fusion, Verlustgefahr, Kursschwankungen) zu veräußern und durch andere zu ersetzen, so liegen Pfandrechte mit wechselndem Pfandgegenstande vor, nämlich zunächst eine Pfandbestellung an den übergebenen Papieren durch die Übergabe und, nach dem Erlöschen dieses Pfandrechts durch die Veräußerung des Papiers seitens des dazu ermächtigten Gläubigers, eine neuerliche Pfandbestellung an dem Ersatzpapier auf Grund der Einigung, daß dieses vom Gläubiger an Stelle des veräußerten für Rechnung des Verpfänders erworbene und beim Erwerb in dem Besitze des Gläubigers befindliche Papier gleichfalls wieder demselben Pfandverband unterstellt sein soll (§ 1205 Abs 1 Satz 2). Ist endlich die Sache zwar mit Veräußerungsermächtigung zum Pfande hingegeben, der Ersatz aber nicht vereinbart, so liegt Pfandrecht bis zur Veräußerung durch den Pfandgläubiger vor (RG 52, 202; 58, 286).

8. Verpfändung einer schon im Besitze des Gläubigers befindlichen Sache vgl. § 929 Satz 2 und die Anmerkungen 6ff. dazu; mittelbarer Besitz genügt auch bei der Verpfändung (RG 118, 253). Soll der Pfandgläubiger den Besitz der verpfändeten Sache erst in Zukunft und nach § 854 Abs 2 erwerben, so ist neben der Einigung über die Entstehung des Pfandrechts noch die besondere Einigung nach § 854 Abs 2 erforderlich. Beide Einigungen können der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den künftigen Pfandgläubiger vorangehen. Die Einigung nach § 854 Abs 2 liegt alsdann darin, daß die Beteiligten darüber einig sind, der künftige Pfandgläubiger solle in die Lage kommen, die Gewalt über die Sache auszuüben, daß dies geschieht und daß zur Zeit der Erlangung des Besitzes der Übergabewille des bisherigen Besitzers noch fortbesteht (RG DJZ 1912, 1470).

9. Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes, d. h. durch Abtreten des Herausgabeanspruchs, A 1 zu § 870. Auch diese Art der Bestellung des Pfandrechts hat ein Vorbild bei der Eigentumsübertragung im § 931. Aber die Vorschriften über die Pfandrechtsbestellung weichen in wesentlichen Punkten von dem Vorbilde ab. § 931 umfaßt alle Fälle, in denen ein Dritter im Besitz ist, schließt also die Fälle, in denen der Dritte Eigenbesitzer ist, ein, § 1205 Abs 2 schließt diese aus, so daß insoweit nur die Verpfändung des Herausgabeanspruchs nach § 1280 möglich ist, und umfaßt nur die Fälle des mittelbaren Besitzes des Verpfänders (§ 868). § 931 begnügt sich mit dem Erfordernisse der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache, § 1205 Abs 2 fügt noch das weitere Erfordernis der Anzeige der Verpfändung an den Besitzer hinzu. Diesen Grundsätzen widerspricht es, wenn RG 23. 11. 28 VII 177/28 zur Entstehung des Pfandrechts auch das Abtreten des dem Eigentümer als solchem zustehenden dinglichen Herausgabeanspruchs erfordert. In dem dort entschiedenen Falle war Ware unter Eigentumsvorbehalt verkauft worden. Dadurch war ein Rechtsverhältnis nach § 868 entstanden, A 3 zu § 868, die Abtretung des darauf beruhenden Herausgabeanspruchs war zur Begründung des Pfandrechts erforderlich und genügend. Die — von einer Anzeige im Sinne des § 409 wohl zu unterscheidende — Anzeige enthält die Verfügungshandlung, durch welche der unmittelbare Besitzer berechtigt und verpflichtet wird, die Sache statt an den Verpfänder an den Pfandgläubiger herauszugeben. Sie ist bei unmittelbarem Mitbesitz mehrerer Personen an alle und, wenn der Besitzmittler des Verpfänders die Sache selbst wieder an einen Besitzmittler weitergegeben hat, nur an den Besitzmittler des Verpfänders zu richten. In der Anzeige braucht nicht gerade von Verpfändung oder von Abtretung des Herausgabeanspruchs gesprochen zu werden, es genügt, wenn dem unmittelbaren Besitzer gesagt wird, er besitze die Sache nunmehr für den andern (den Gläubiger), dieser sei jetzt der mittelbare Besitzer (RG 13. 4. 26 VI 596/25); im Recht 1926 Nr 1109 nicht mitabgedruckt). Ebenso RG Warn 1929 Nr 11; 1930 Nr 69. Wenn hier gesagt wird, daß die Anzeige schon vor der Abtretung des Herausgabeanspruchs oder auch vor der Einigung gemacht werden könne, so ist nach dem Zusammenhang damit nicht gemeint, was auch nicht richtig wäre, daß eine Anzeige schon von einer beabsichtigten Verpfändung genüge, vielmehr muß die Verpfändung immer als bereits bewirkt angezeigt werden, auch wenn noch nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind. Bei nachfolgender Erfüllung entsteht dann das Pfandrecht. Als empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 kann die Anzeige auch stillschweigend erklärt werden (RG 89, 291, Schweigen des Verpfänders auf einen Brief des unmittelbaren Besitzers, in welchem die Verpfändung als bereits vollendet bezeichnet wird). Die Anzeige kann durch den Pfandgläubiger im Namen des Verpfänders bewirkt werden, jedoch enthält die Verpfändungsurkunde als solche regelmäßig noch nicht die dazu erforderliche Vollmacht (RG 85, 436). Die Vollmacht muß sich auf eine — die Verpfändung erst bewirkende — Willenserklärung des Verpfänders beziehen, nicht auf eine bloße Anzeige von einer angeblich schon bewirkten Verpfändung. Die Pfändungsanzeige erfordert kraft ihrer Natur als Verfügungshandlung und formaler Akt eine volle Bestimmtheit.

Sie kann durch bloßes Stillschweigen — z. B. die stillschweigende Genehmigung einer vom Pfandgläubiger ohne Vollmacht vorgenommenen Anzeige — in der Regel nicht erfüllt werden (RG LZ 1932, 884[4]). Soll eine Hypothek oder eine Grundschuld verpfändet werden und befindet sich der Brief nur im mittelbaren Besitz des Hypotheken- oder Grundschuldgläubigers, so kann die nach den §§ 1154, 1192 erforderliche Übergabe des Briefes durch die Abtretung des — vielleicht befristeten — Herausgabeanspruchs und die Anzeige von der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer des Briefes ersetzt werden (RG 25. 10. 16 V 223/16; 85, 436; Warn 1929 Nr 11). Die Anzeige ist nicht deshalb notwendig, weil die Hypothek oder die Grundschuld verpfändet wird, sondern weil die Übergabe des Briefes nach § 1205 Abs 2 ersetzt wird. — Bei der sog. Verpfändung von Pfandscheinen kann die Verpfändung der im Leihhaus liegenden und im mittelbaren Besitz des Verpfänders befindlichen Sache nach § 1205 Abs 2, es kann auch die Verpfändung des Herausgabeanspruchs nach §§ 1279ff. und es kann endlich beabsichtigt sein, daß der Gläubiger die Sache bei dem Leihhaus einlöst und dann nach § 1205 Abs 1 Satz 2 ein Pfandrecht an der Sache erwirbt. — Wegen der Möglichkeiten, die in Frage kommen, wenn ein Auftraggeber sich durch einen Beauftragten Kredit gegen Verpfändung einer ihm selbst gehörigen Sache verschafft hat und dann die Sache noch dem Beauftragten verpfänden will, vgl. RG LZ 23, 389.

Auch für die Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes einer Sache gilt das Gebot, daß die zu verpfändende Sache bestimmt bezeichnet und von anderen unterscheidbar sein muß. Von einer in Verwahrung gegebenen Sachmenge (z. B. 100 Tonnen Teer) kann nicht bezüglich eines Bruchteils (z. B. 10 Tonnen) der mittelbare Besitz dadurch übertragen werden, daß der Anspruch auf Herausgabe von 10 nicht näher bezeichneten Tonnen abgetreten wird (RG 52, 385; 127, 340; Warn 1913 Nr 293; SeuffA 85 Nr 115). Ergibt sich später die genügende Bestimmtheit und Unterscheidbarkeit, etwa weil bei fortdauerndem Einigsein über die Entstehung des Pfandrechts aus der Sachmenge, von der ein Bruchteil verpfändet werden sollte, eine diesem Bruchteil entsprechende Anzahl ausgesondert und in Pfandbesitz genommen wird oder in der Sachmenge überhaupt nur soviel Einzelsachen verbleiben, als der erwähnte Bruchteil umfaßte, so kann das Pfandrecht nachträglich entstehen (RG JW 1912, 797; SeuffA 85 Nr 115). — Die Fälle des hier in Frage kommenden mittelbaren Besitzes können verschiedenster Art sein (vgl. dazu § 868). Nicht dazu gehört der Fall der Verpfändung von Wertpapieren, die bei der Bank im Stahlkammerfach (Safe) des Kunden ruhen, dann, wenn der Stahlkammerfachvertrag — wie nach den tatsächlichen Verhältnissen in der Regel — nicht Hinterlegungsvertrag, sondern Mietvertrag ist (vgl. § 535 A 2 und RG 141, 99ff.). Die Verpfändung kann hier — abgesehen von der Übergabe der Papiere an den Gläubiger — nur durch Einräumung des Verschlusses oder Mitverschlusses bewirkt werden.

10. Von den **drei Wegen,** welche dem Eigentümer und mittelbaren Besitzer für die Übereignung der Sache offen stehen, fällt für die Verpfändung der eine, Begründung weiteren mittelbaren Besitzes wegen Fehlens einer dem § 930 entsprechenden Vorschrift weg. Er wird gewissermaßen ersetzt durch § 1206 Halbsatz 2. Über den zweiten, Abtretung des Herausgabeanspruchs, ist in den vorstehenden Bemerkungen gehandelt worden. Gangbar ist aber auch der dritte. Der Verpfänder kann den mittelbaren Besitzer beauftragen, den Besitz für den Verpfänder zu beenden und die Sache auf die Dauer des Pfandrechts — nur — für den Gläubiger zu besitzen. Führt der Dritte den Auftrag aus, etwa durch Abschluß eines Verwahrungsvertrages mit dem Gläubiger, so ist dieser mittelbarer Besitzer geworden und das Pfandrecht entstanden, vorausgesetzt, daß noch Einigkeit über die Verpfändung besteht. Das geschieht, wie sich aus A 2 zu § 931 ergibt, nach § 1205 Abs 1 Satz 2. Dieser dritte Weg — nicht einer der beiden andern, nach Vorstehendem an sich möglichen — wird jetzt benutzt bei der Verpfändung des Miteigentumsanteils an den im **Effekten-Giro-Depot** ruhenden Wertpapieren. Die früher gewählte Art der Verpfändung, bei welcher einzelne Stücke ausgesondert und in regelmäßige Verwahrung für den Gläubiger genommen wurden, § 700 A 6 der vorigen Auflage, ist nicht mehr vorgesehen. Durch den grünen Scheck des Kassenvereins wird die Bank angewiesen, den — zahlenmäßig bezeichneten — Sammeldepotbestand des Verpfänders dem Gläubiger gemäß § 16 GeschO gutzuschreiben. Sie übt dann die Verwahrung der gesamten Wertpapiere der betreffenden Gattung während der Dauer der Verpfändung für den Pfandgläubiger aus, und zwar für ihn als den Mithinterleger neben den übrigen Kontoinhabern; sie bucht den jeweiligen Sammeldepotbestand des Verpfänders von seinem Konto ab, verbucht ihn zugunsten des Pfandgläubigers auf Pfandkonto und erteilt ihm über die Verbuchung eine Quittung. In deren Annahme durch den Pfandgläubiger liegt der Abschluß des neuen Verwahrungsvertrages. Der mittelbare Mitbesitz des Verpfänders an den Wertpapieren hat aufgehört, der Pfandgläubiger ist mit Dritten zusammen mittelbarer Mitbesitzer der Wertpapiere geworden und bei dem fortdauernden Einigsein von Verpfänder und Pfandgläubiger über das Entstehensollen des Pfandrechts entsteht dieses auch wirklich, und zwar nach § 1205 Abs 1 Satz 2. — Wegen Erwerbes des Pfandrechts kraft guten Glaubens vgl. A 3 zu § 1207 und A 3 zu § 934.

§ 1206

[1]) **An Stelle der Übergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes [2]), wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet [3]) oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann [4]) [5]).**

E I 1147 II 1115; M 3 802; P 3 443—445; 6 260—262.

1. **Pfandbestellung durch Einräumung des Mitbesitzes.** Die beiden Fälle, in denen von dem Grundsatze, daß der Verpfänder sich des Besitzes zugunsten des Gläubigers begeben muß, eine Ausnahme gemacht und der Mitbesitz des Verpfänders zugelassen ist, haben eine doppelte gemeinschaftliche Voraussetzung: Einmal muß der Pfandgläubiger den Mitbesitz der Sache haben und ferner muß Vorsorge getroffen sein, daß der Verpfänder nicht ohne den Pfandgläubiger an die Sache gelangen kann, d. h. es muß der ausschließliche Gewahrsam des Verpfänders beseitigt sein (RG 53, 221). Die Vorschrift dient hauptsächlich für die Verpfändung von Warenlagern, aber auch zu andern Zwecken (Kautionsbestellungen).

2. **Einräumung des Mitbesitzes,** d. h. des gemeinschaftlichen unmittelbaren oder auch (RG Warn 1914 Nr 58) mittelbaren Besitzes. Über den gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitz vgl. § 866 A 1. Er kann in den im § 1206 geregelten Fällen im Mitverschlusse liegen; die Einräumung des Mitbesitzes kann sich also in der Einräumung des Mitverschlusses erschöpfen (RG JW 06, 224[7]), vorausgesetzt, daß der Pfandgläubiger kraft des Mitverschlusses die tatsächliche Gewalt auszuüben vermag, die zum Wesen des Besitzes gehört. Einer besonderen Einräumung des Mitbesitzes bedarf es nicht, wenn ein Verhältnis nach § 1206 bereits besteht, denn damit ist der Mitbesitz schon begründet (RG SeuffA 85 Nr 115). Die Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes aber liegt immer in der Übernahme einer Verbindlichkeit des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger, die Sache auf Grund eines der im § 868 aufgeführten Rechtsverhältnisse nur an beide mittelbare Besitzer herauszugeben (OLG 34, 218). Zur Herstellung des Mitbesitzes ist eine Willenskundgebung auch des *Eigentümers* erforderlich. Mitbesitz des Eigentümers und des Pfandgläubigers tritt deshalb nicht schon dadurch ein, daß sich der unmittelbare Besitzer dem *Pfandgläubiger* gegenüber verpflichtet, die Sache nur an den Eigentümer und ihn gemeinschaftlich herauszugeben. Eine solche Erklärung ist dem Eigentümer gegenüber wirkungslos und hindert ihn nicht, von dem unmittelbaren Besitzer die Herausgabe an ihn allein zu verlangen (RG 85, 439f.). In RG 118, 40 ist die Frage angeregt, ob auch derjenige mittelbarer Besitzer im Sinne von § 1206 Halbsatz 2 ist, der mit einem andern zusammen mittelbarer Besitzer ist und nur mit dem andern gemeinsam über die Sache *verfügen* darf. Die Frage dürfte zu verneinen sein.

3. Der **Mitverschluß** bedingt einen doppelten Verschluß, entweder so, daß der Zugang mittels zweier verschiedener Schlösser verschlossen ist, deren jedes nur durch einen besonderen Schlüssel geöffnet werden kann, oder so, daß das Öffnen des Schlosses nur mittels zweier Schlüssel möglich ist. Nicht von Mitverschluß kann dann gesprochen werden, wenn zum Öffnen nur *ein* Schlüssel gehört und Verpfänder wie Gläubiger einen solchen Schlüssel haben, so daß jeder ohne den andern öffnen kann (RG SeuffA 62 Nr 57; 25. 1. 07 II 238/06; 31. 1. 08 VII 161/07). Nicht die Möglichkeit des Mitverschlusses ist entscheidend, sondern die tatsächliche Ausschließung der alleinigen Gewalt des Verpfänders über die Sache. Ist das Rechtsverhältnis so geschaffen, daß der Pfandgläubiger oder sein Beauftragter nur der Form und des § 1206 wegen den zweiten Schlüssel erhält, in Wirklichkeit aber stets durch Öffnen und Offenlassen des Verschlusses dem Verpfänder freien Zutritt geben soll und gibt, so entsteht kein Pfandrecht (RG 77, 201). Dagegen ist die vorübergehende Aushändigung des zweiten Schlüssels an *Angestellte* des Verpfänders unschädlich, wenn sie Kellerarbeiten, Herausnehmen oder Einbringen von Wein usw. ermöglichen soll und streng danach verfahren wird (RG 20. 3. 06 VII 321/06). Wegen der Schlüsselfrage vgl. auch A 4 zu § 929 und A 5 Abs 2 zu § 1205. — Ist ein Weinlager in gemieteten Räumen durch Einräumen des Mitverschlusses verpfändet und vereinbart, daß Neuerwerbungen in die Pfandverbindlichkeit eintreten sollen, so entstehen bei ordnungsmäßigem Hergang Vermieterpfandrecht und Vertragspfandrecht gleichzeitig und also mit gleichem Range. Überläßt aber der Pfandgläubiger seinen Schlüssel dem Verpfänder selbst zum Einbringen des neuen Weines, so entsteht das Vertragspfandrecht erst, wenn der Schlüssel dem Pfandgläubiger wieder ausgehändigt wird. Das Vermieterpfandrecht geht in diesem Falle vor (RG 20. 2. 06 VII 505/06).

Nicht jeder Mitverschluß bedeutet aber Mitbesitz. Die von den Banken vermieteten Schrankfächer können nur von der Bank und dem Kunden gemeinsam geöffnet werden, die Bank hat aber keinen Mitbesitz an den in das Fach hineingelegten Gegenständen, denn der *Schrankfachvertrag* ist Mietvertrag (RG 141, 99ff.). Danach entsteht ein Pfandrecht der Bank an den in dem Fach aufbewahrten Gegenständen wegen Forderungen der Bank aus andern als den auf das Schrankfach bezüglichen Rechtsgeschäften nur, wenn es durch ausdrückliche Abrede mit dem Kunden begründet und ein entsprechendes Besitz- oder Mitbesitzverhältnis der Bank geschaffen

wird. Eine Bestimmung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach die Bank wegen aller Ansprüche gegen den Kunden ein Pfandrecht an dessen Wertpapieren hat, bezieht sich im Zweifel nicht auf die in das Schrankfach eingelegten Papiere (Warn Jahrb. 1913, 125). Diese werden auch nicht betroffen, wenn alle im Mitbesitz der Bank stehenden Gegenstände verpfändet werden, § 866 A 1 a. E.

4. Pfandhalter, Treuhänder. Der Pfandhaltervertrag ist ein zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger — oder auch dem Verpfänder allein — einerseits und dem Pfandhalter anderseits geschlossener schuldrechtlicher Vertrag, durch den der Pfandhalter es übernimmt, das Pfand in treuen Händen zu halten, die Pfandsache zu verwahren und sie nur an den Verpfänder und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich herauszugeben, gegebenenfalls zur Durchführung des Pfandrechts des Pfandgläubigers (RG 87, 36; BayRpflZ 30, 207). Der Pfandhalter muß den unmittelbaren Besitz haben. Daß eine Mehrzahl von Pfandhaltern mit gemeinschaftlichem Mitbesitz und Mitverschluß aufgestellt wird, ist nicht ausgeschlossen, wohl aber unmittelbarer Mitbesitz des Verpfänders neben dem Pfandhalter. Im letzteren Falle könnte nur in Frage kommen, ob nicht, wenn der Pfandhalter Besitzdiener des Gläubigers ist, Pfandbestellung durch Einräumung von Mitbesitz und Mitverschluß vorliegt. Ebenso liegt kein Pfandhaltevertrag vor, wenn der Pfandgläubiger Besitzer sein und ein Angestellter des Verpfänders als Besitzdiener den Besitz für ihn ausüben soll (RG 66, 258).

5. Wegen minderer Wirkungen des nach § 1206 begründeten Pfandrechts vgl. §§ 1213 Abs 2, 1231.

§ 1207

[1]) Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften der §§ 932 [2]), 934 [3]), 935 [4]) entsprechende Anwendung [5]).

E I 1147 II 1116; M 3 802; P 3 441—443.

1. Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbers. Die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers sind mit Ausnahme derjenigen über den Einfluß auf die Rechte Dritter die für das Pfandrecht im § 1208 selbständige Regelung gefunden haben, ohne Einschränkung vom Eigentum zur entsprechenden Anwendung auf das Pfandrecht übernommen. Daß § 933 nicht für anwendbar erklärt ist, bedeutet keine Einschränkung, weil § 933 sich auf den beim Pfandrechte grundsätzlich ausgeschlossenen Fall des Erwerbs unter Besitzvorbehalt des Eigentümers — constitutum possessorium — bezieht. Der gute Glaube bei einer — unzulässigen — Verpfändung durch Besitzkonstitut ist also ohne Bedeutung, weil auch der Eigentümer selbst auf diese Art ein Pfandrecht nicht begründen könnte. Der dem Pfandrechtserwerb eigentümliche Übergabeersatz nach § 1206 ist durch § 1207 ebenfalls geschützt, da diese Vorschrift alle Vorgänge bei der Verpfändung umfaßt. Auf die Bestellung eines Schiffspfandrechts nach § 1260 ist § 1207 aber nicht anwendbar, da es hier an dem Erfordernis der Besitzübertragung fehlt (RG HansRuGZ 30 B 227).

Auf Orderpapiere beziehen sich die §§ 1207, 1208 nicht, da in § 1293 nur die Inhaberpapiere den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen unterstellt sind. Auch ein Blankoindossament ändert daran nichts.

2. Gutgläubiger Erwerb bei Verpfändung durch Übertragung des unmittelbaren Besitzes. Nach den entsprechend anzuwenden Vorschriften des § 932 erwirbt der Gläubiger durch die Verpfändung Pfandrecht auch dann, wenn der Verpfänder nicht Eigentümer war, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach §§ 1205, 1206 das Pfandrecht erlangen würde, nicht in gutem Glauben war. Für den Fall, daß auf diese Weise das Pfandrecht einem Gläubiger bestellt wird, der sich schon im Besitze der Sache befindet, gilt dies jedoch nur dann, wenn er den Besitz vom Verpfänder erlangt hatte. Vgl. hierzu im einzelnen § 932 A 1—6. Auf den Erwerb von Pfandrecht durch Pfändung (ZPO § 804) findet § 1207 und damit § 932 keine Anwendung. Denn abgesehen davon, daß nach § 804 ZPO nur auf das durch die Pfändung entstandene Pfandrecht, nicht auch auf dessen Entstehung die Vorschriften über das Vertragspfandrecht anzuwenden sind (A 1 zu § 1204), würde auch die Anwendung des § 1207 auf das Pfändungspfandrecht durch den inneren Grund des Schutzes des guten Glaubens — das zu schützende Vertrauen auf die Ehrlichkeit der Besitzübertragung — nicht gerechtfertigt (RG SeuffA 62 Nr 47; 30. 10. 06 VII 14/06; 90, 197 f.). Wird aber eine gepfändete Sache versteigert und ist der Erwerber des guten Glaubens, daß das Pfändungspfandrecht des Gläubigers zu Recht besteht, so erwirbt er Eigentum, denn § 1244 gilt auch für das Pfändungspfandrecht (RG 104, 300). Wegen des gesetzlichen Pfandrechts vgl. § 1257. Über die Beurteilung der Frage des guten Glaubens in einzelnen Fällen vgl. RG 58, 162 (unbeanstandete Annahme von Mänteln ohne Zinsscheinbogen als grobe Fahrlässigkeit erachtet), 68, 130 (Unterdrückung von Zweifeln über die Richtigkeit einer Mitteilung über die Verfügungsbefugnis eines Kaufmanns als grobe Fahrlässigkeit), noch weitergehend RG 71,

337; 87, 332; 117, 96, wo im Anwendungsbereiche des DepotG v. 5. 7. 96 eine Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis des Kaufmanns angenommen wird, **RG** Recht 1919 Nr 1110 (keine grobfahrlässige Unkenntnis, wenn der Bankherr eines finanzschwachen Theaterunternehmens mündelsichere Wertpapiere annimmt, ohne sich zu erkundigen, ob sie Eigentum des Kunden oder diesem nur zur Sicherheit übergeben sind, **RG** 67, 27 (Unterlassung der Prüfung der Verfügungsberechtigung einzelner Erben bei der Annahme von Nachlaßpapieren zu Pfand nicht als grobe Fahrlässigkeit erachtet), **RG** JRdsch 1927 Nr 804 (bei neuen Kraftwagen muß der Pfandnehmer den Kaufvertrag einsehen, da sie häufig auf Abzahlung und unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden), endlich **RG** 93, 230; Warn 1913 Nr 325. Wegen des neu eingeführten **Kraftfahrzeugbriefs** vgl. A 6 zu § 932. Unbeanstandet blieb in **RG** 6. 2. 06 VII 248/05 die Auffassung, daß des guten Glaubens ermangelt, wer absichtlich über die Verfügungsbefugnis des Verpfänders im unklaren bleiben will. Die Bank, welche auf ausdrückliche Anweisung des Verpfänders die verpfändeten Wertpapiere in das allgemeine Konto A einträgt, nicht in das besondere Depot für fremde Wertpapiere (Konto B), erwirbt das Pfandrecht gleichwohl nicht, wenn sie das Nichteigentum des Verpfänders an den Papieren kannte oder kennen mußte (**RG** 118, 302). Zu verweisen ist hierzu darauf, daß nach § 366 HGB in dem Falle, daß ein Kaufmann eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache in seinem Handelsbetriebe verpfändet, §§ 1207 u. 1208 des BGB auch dann Anwendung finden, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Verpfänders betrifft, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, und daß nach § 8 Abs 2 des DepotG die Bank das allgemeine Pfandrecht an den ihr zugesandten Papieren grundsätzlich dann nicht erwerben kann, wenn sie die Mitteilung erhalten hat, daß sie fremdes Eigentum seien. Danach kann also der Pfandnehmer, trotzdem er weiß, daß ihm verpfändete Effekten dem verpfändenden Kaufmann nicht gehören, auf Grund seines guten Glaubens an dessen Verfügungsberechtigung das besondere Pfandrecht erwerben; seinen guten Glauben muß allerdings er selbst beweisen; die Strafbestimmung des § 9 des Bankdepotgesetzes hat mit der Frage nichts zu tun, ob der Pfandnehmer ein Pfandrecht an Effekten erwirbt, die ihm als fremde eingeliefert werden (**RG** 71, 337; 117, 96; Warn 1934 Nr 92). — Wegen der gesetzlichen Vermutung gegen den guten Glauben der Bank vgl. HGB § 367.

Nach dem **Pächterkreditgesetz** v. 9. 7. 26 (vgl. A 6 zu § 930) erwirbt der Gläubiger — vorbehaltlich des § 935 BGB — auch an einem dem Pächter nicht gehörenden Inventarstück das Pfandrecht, es sei denn, daß ihm im Zeitpunkt der — auch von seiner Seite möglichen — Niederlegung des Verpfändungsvertrags bei dem Amtsgericht das Nichteigentum des Pächters bekannt war oder bekannt sein mußte, §§ 4 Abs 1 u. 3, 15 Abs 1. Für den Fall, daß das ganze Inventar oder einzelne Stücke dem Verpächter gehören, wird es dem Gläubiger als grobe Fahrlässigkeit anzurechnen sein, wenn er nicht, wie er soll — § 2 Abs 3 — den Verpächter rechtzeitig von der beabsichtigten Bestellung des Pfandrechts benachrichtigt hat. — Bei neueren landwirtschaftlichen Maschinen des Pächters wird dasselbe gelten, was das **RG** 15. 1. 27 VI 365/26 — vgl. oben — bei neuen Kraftwagen angenommen hat. Eigentumsvorbehalt ist nicht Sicherungsübereignung, § 22 des Ges. gewährt dem Maschinenverkäufer keinen Schutz, auch wenn der Verkauf vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liegt.

3. Gutgläubiger Erwerb bei Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes (vgl. § 934 A 1 bis 3). Zu beachten ist: Zum Erwerbe nach § 1205 Abs 2 gehört außer der Übertragung des mittelbaren Besitzes (Abtretung des Anspruchs) die Verpfändungsanzeige an den unmittelbaren Besitzer. Erfolgt diese nach der Übertragung des mittelbaren Besitzes, so entsteht das Pfandrecht erst im Augenblicke der Anzeige. Dieser Augenblick muß als für den guten Glauben entscheidend herangezogen werden. Denn, wenn auch im § 934 gesagt ist, daß der gute Glaube „zur Zeit der Abtretung" vorhanden sein muß, so rechtfertigt sich dies dort um deswillen, weil im Falle des § 931 das Eigentum durch die Abtretung des mittelbaren Besitzes allein ohne Anzeige erlangt wird, und hat deshalb dieselbe Bedeutung wie im § 932 die Wendung: „zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde". Wird die Vorschrift aber in diesem Sinne entsprechend angewendet, so führt sie zu dem obigen Ergebnisse. Nur dieses ist auch mit der Regelung der Frage des Ranges des gutgläubig erworbenen Pfandrechts im § 1208 vereinbar. Zu beachten ist ferner, daß § 1207 in Verbindung mit § 934 nur den guten Glauben an das Eigentum des Verpfänders schützt, nicht auch den an dessen mittelbaren Besitz. Tritt also jemand einen ihm nicht zustehenden Herausgabeanspruch zum Zwecke der Verpfändung der Sache ab, so entsteht ein Pfandrecht auch dann nicht, wenn der andere Teil den Abtretenden gutgläubig für den berechtigten Inhaber des Herausgabeanspruchs gehalten hat (**RG** 14. 4. 16 VII 32/16). In einem solchen Falle kann erst die Erlangung des Besitzes der Sache selbst von dem Dritten das Pfandrecht entstehen lassen, vgl. die zweite Möglichkeit des § 934. Die Frage, ob derjenige, welcher durch Verpfändung nach § 1206 Halbs 2 ein Pfandrecht erworben hat, mittelbarer Besitzer im Sinne der §§ 1207, 934 ist, hat **RG** 118, 35 offen gelassen, sie dürfte aber wohl zu verneinen sein.

4. Verpfändung gestohlener, verlorener und sonst abhanden gekommener Sachen vgl. § 935. Wegen des Sonderrechts der Pfandleihanstalten vgl. EG Art 94 Abs 2.

5. **Auf die Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes** ist, je nachdem der unmittelbare oder der mittelbare Mitbesitz eingeräumt wird, § 932 oder § 934, in jedem Falle aber § 935 entsprechend anzuwenden. Zu beachten ist auch hier, daß im § 1206 außer der Einräumung des Mitbesitzes noch ein weiteres Erfordernis für die Entstehung des Pfandrechts aufgestellt ist, das des Mitverschlusses oder der Verpflichtung des Dritten, nur an Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich herauszugeben, und daß deshalb, wenn dieses weitere Erfordernis zeitlich erst an letzter Stelle erfüllt wird, der gute Glaube des Erwerbers in diesem letzten Augenblicke als dem Augenblick des Erwerbs vorhanden sein muß (vgl. A 3). Der maßgebende Zeitpunkt ist eben derjenige, in welchem das dingliche Recht entstanden wäre, wenn der Eigentümer es bestellt hätte (RG SeuffA 85 Nr 115).

§ 1208

[1]) Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet [2]), so geht das Pfandrecht dem Rechte vor [3]), es sei denn, daß [4]) der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts [5]) in Ansehung des Rechtes [6]) nicht in gutem Glauben ist [7]). Die Vorschriften des § 932 Abs 1 Satz 2, des § 935 und des § 936 Abs 3 finden entsprechende Anwendung [8]) [9]) [10]) [11]).

E I 1152 II 1117; M 3 806; P 3 452.

1. **Erwerb eines Pfandrechts im guten Glauben an das Nichtbestehen älterer Rechte; Vorrang vor diesen.** Die Vorschrift des § 1208 erstreckt sich unmittelbar sowohl auf den Fall des Erwerbs eines Pfandrechts vom Eigentümer nach §§ 1205, 1206, wie auf den des Erwerbs des Pfandrechts vom Nichteigentümer im Wege des § 1207. Sie schützt den guten Glauben, schont aber die älteren Rechte insofern, als sie ihren Bestand unangetastet läßt und nur den Rang verändert. Als guter Glaube kommt hier, wo der Rang des Rechtes in Frage steht, nur der gute Glaube an das Nichtbestehen älterer Rechte in Betracht. Der gute Glaube an das Eigentum des Verpfänders ist nur insoweit von Bedeutung, als ohne ihn, wenn dem Verpfänder das Eigentum fehlt, Pfandrecht des Erwerbers überhaupt nicht entsteht. — Für den Handelsverkehr kommt auch § 366 Abs 2 HGB in Betracht.

2. **Mit dem Recht eines Dritten belastet,** gleichviel, welcher Art dieses ältere Recht ist — ob Pfandrecht, Nießbrauch, Hypothek (§ 1120) oder fremdländisches Schiffsregisterpfandrecht (RG 77, 4), und gleichviel welchen Ursprungs —, ob rechtsgeschäftlich bestellt, als gesetzliches Recht gegeben oder durch Zwangsvollstreckung (Pfändung) entstanden. Doch muß es ein dingliches Recht an der Sache sein, und zwar das eines Dritten. Hat der Pfandgläubiger unwissentlich selbst ein vorgehendes Recht an der Sache, so tritt eine Rangänderung unter den Rechten durch den Erwerb des Pfandrechts nicht ein.

3. **So geht das Pfandrecht dem Rechte vor.** Nur der Vorrang des Pfandrechts vor dem unbekannten älteren Rechte ist damit ausgesprochen. Die Rangordnung der älteren Rechte untereinander wird vom § 1208 nicht berührt. Zweifel können sich hierbei ergeben, wenn mehrere ältere Rechte von verschiedenem Range bestehen und der Erwerber des neuen Pfandrechts von ihnen ein nachgehendes kennt, in Ansehung der diesem vorgehenden aber in gutem Glauben ist. Das dem gutgläubigen Erwerber bekannte Recht müßte nach § 1208 dem Pfandrechte des Erwerbers vorgehen, den diesem Pfandrechte nachgehenden übrigen, beim Erwerb unbekannt gebliebenen Pfandrechten aber nachgehen. Die zunächst unmöglich scheinende Lösung der Schwierigkeit ergibt sich dann, wenn in Betracht gezogen wird, daß § 1208 lediglich den Schutz des gutgläubigen Erwerbers im Auge hat. Dieser hat nur daran ein Interesse, daß seinem Pfandrechte keine schwerere Belastung vorausgeht, als ihm bei dem Erwerbe bekannt war, nicht aber daran, zu wessen Gunsten die ihm vorangehende Belastung wirkt. Nur das erstere verbürgt darum § 1208. Kommt es zur Veräußerung des Pfandes und zur Verteilung des Erlöses, so ist hiernach zwar der Betrag, der auf die dem gutgläubigen Erwerber vorangehende Last entfällt, zur Deckung der Vorbelastung zu verwenden, aber nicht gerade zur Befriedigung desjenigen Berechtigten, dessen Recht bei dem gutgläubigen Erwerbe bekannt war, sondern zur Befriedigung der außer dem gutgläubigen Erwerber vorhandenen Berechtigten nach der Rangordnung, die unter ihnen ohne Rücksicht auf das Dazwischentreten des gutgläubigen Erwerbers besteht.

4. **Die Beweislast** trifft den Gegner des gutgläubigen Erwerbers.

5. **Zur Zeit des Erwerbs des Pfandrechts,** d. h. im Zeitpunkte des Eintritts derjenigen Tatsache, mit der der Erwerb vollendet war, vgl. § 1207 A 3, 5.

6. **In Ansehung des Rechtes,** d. h. nicht nur in Ansehung des Bestandes, sondern auch in Ansehung des Inhalts und des Umfangs des Rechtes. Wenn auch der Regelfall der ist, daß der gutgläubige Erwerber überhaupt den Bestand des Rechtes nicht kennt, so sind doch Fälle denkbar, in denen der Irrtum des Erwerbers sich lediglich auf Inhalt und Umfang des vorgehenden Rechtes bezieht und es ist kein hinreichender Grund, in diesen Fällen den Schutz des § 1208 zu versagen. Der

Umstand, daß so eine Spaltung des älteren dinglichen Rechtes in zwei Teile eintreten kann, von denen der eine dem gutgläubig erworbenen Pfandrechte vorgeht, der andere ihm nachgeht, ist nicht vom wesentlichen Belange, da es sich doch nur um Berechnungen für die Verteilung des Erlöses handelt. Die Gewährung des Schutzes des § 1208 in diesem Falle bedeutet aber auch eine Erschwerung der Beweislast für den Inhaber des verkannten Rechtes. Denn ihm kommt für den Beweis der groben Fahrlässigkeit des Erwerbers die Erwägung zu Hilfe, daß die Kenntnis vom Bestehen eines älteren Rechtes den Pfandrechtserwerber zu gewissenhafter Nachforschung nach dessen Inhalt und Umfang verpflichtet, wenn er sich auf entschuldbaren Irrtum hierüber berufen will.

7. **In gutem Glauben,** vgl. A 1 Satz 3 und § 932 A 1, 4.

8. **Einschränkungen des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs.** War der Pfandnehmer bei dem Erwerb des Pfandrechts schon im Besitz der Sache, so gilt Satz 1 nur, wenn er den Besitz von dem Pfandgeber erlangt hatte, § 932 Abs 1 Satz 2, vgl. aber auch A 3 zu § 934. Danach kommt der Schutz des guten Glaubens auch demjenigen zugute, welchem im **Effekten-Giro-Verkehr** durch grünen Scheck ein Pfandrecht bestellt wird; A 10 zu § 1205. — Der Satz 1 gilt überhaupt nicht, wenn es sich um gestohlene usw. Sachen handelt, die nicht Geld oder Inhaberpapiere sind (§ 935). Wird die Übergabe der Sache durch die Übertragung des mittelbaren Besitzes nach § 1205 Abs 2 ersetzt, so bleibt den etwaigen Rechten des Dritten, also des unmittelbaren Besitzers, ihr Vorrang vor dem neuen Pfandrecht erhalten (§ 936 Abs 3).

9. **Auf das Pfändungspfandrecht** findet § 1208 aus denselben Gründen keine Anwendung wie § 1207 (vgl. § 1207 A 2). Wegen der gesetzlichen Pfandrechte vgl. § 1257.

10. Auf das **Pfandrecht an Rechten** darf § 1208 nicht angewendet werden (§ 1273 Abs 2).

11. Nach dem **Pächterkreditgesetz** v. 9. 7. 26 (vgl. § 1207 A 2 a. E.) geht das Pfandrecht des Gläubigers (Kreditinstituts) dem Rechte des Dritten, mit welchem ein Inventarstück belastet ist, vor, es sei denn, daß dem Gläubiger im Zeitpunkt der — auch von seiner Seite möglichen — Niederlegung des Verpfändungsvertrags bei dem Amtsgericht das Recht des Dritten bekannt war oder bekannt sein mußte (§§ 4 Abs 2 u. 3, 15 Abs 1). Das Verhältnis des Pfandrechts des Gläubigers zu dem gesetzlichen Pfandrecht des Verpächters ist durch § 11 des Ges. besonders geregelt. Erheblich vom allgemeinen bürgerlichen Recht weicht § 5 Abs 1 ab: Wer von dem Pächter an einem mit dem Pfandrecht des Kreditinstituts belasteten Inventarstück ein Recht erwirbt, kann sich, solange der Verpfändungsvertrag bei dem Amtsgericht niedergelegt ist, nicht darauf berufen, daß er in Ansehung des Pfandrechts in gutem Glauben war; wegen des Abs 2 dieses Paragraphen vgl. A 4 zu § 936.

§ 1209

[1]) **Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist [2]) [3]) [4]) [5]).**

E I 1151 II 1180; M 3 805, 806; P 3 451, 452.

1. **Rangverhältnis im allgemeinen.** Das Gesetz gibt keine Grund- und Hauptregel für den Rang der Pfandrechte, sondern setzt eine solche dahin, daß für den Rang die Zeit der Bestellung maßgebend ist, nur voraus und läßt sie hier bei der Frage des Pfandrechts für künftige und betagte Forderungen durchscheinen. Die vorausgesetzte Regel des Ranges nach der Bestellungszeit besteht allgemein für alle Rechte an der Sache, soweit nicht besondere Vorschriften anders bestimmen, ist also nicht nur für den Rang der Pfandrechte untereinander, sondern auch für das Rangverhältnis zwischen Pfandrechten und andern Rechten an der Sache maßgebend. Über einen Fall, in welchem dieselben Sachen als in ein Grundstück eingebrachte dem Verpächterpfandrecht und als Zubehör eines andern Grundstücks dem Hypothekenrecht unterlagen, vgl. OLG 27, 153. Der Vorrang des älteren Verpächterpfandrechts ist mit Recht anerkannt. Streitig ist, ob die gesetzliche Rangordnungsregel die Beteiligten unbedingt bindet oder ob und inwieweit den Beteiligten freigegeben ist, Abweichungen bei der Bestellung der Pfandrechte oder nachträglich zu bestimmen. Die überwiegende Meinung geht dahin, daß die Regeln über das Rangverhältnis der dinglichen Rechte an beweglichen Sachen streng bindend sind und der Parteivereinbarung keinen Spielraum gewähren. Durch Aufheben und Neubegründen des vorgehenden Rechtes kann unter Umständen die gewünschte Rangänderung herbeigeführt werden. Mehrere Pfandgläubiger können den Rang ihrer Rechte durch Vertrag, wenn auch nicht mit dinglicher, so doch mit schuldrechtlicher Wirkung ändern. Auch für den Fall, daß mehrere Pfandrechte gleichzeitig bestellt werden, ist eine Ausnahme nicht anzuerkennen, wie noch die vorige Auflage wollte. Sie haben also den gleichen Rang. Soll das vermieden werden, so müssen die Pfandrechte zeitlich nacheinander bestellt werden. Ansprüche aus Rechten von gleichem Range werden nach dem Verhältnis ihrer Beträge befriedigt (vgl. § 10 ZVG).

2. **Rang des Pfandrechts für eine künftige oder eine bedingte Forderung** (vgl. § 1204 A 10).

Dem Standpunkte des Gesetzes, „Pfandrechte“ für künftige (auch aufschiebend betagte) und (aufschiebend) bedingte Forderungen schon während des Schwebezustandes als wirkliche und bestehende Pfandrechte zu behandeln, ebenso aber dem Grundsatze des § 161 entspricht es, auch für den Rang eines solchen Pfandrechts den Zeitpunkt der Bestellung und nicht den der späteren Entstehung oder des Fälligwerdens der Forderung oder des Eintritts der Bedingung maßgebend sein zu lassen. Gegenteilige Vereinbarungen sind unzulässig (vgl. A 1). Ist darum ein Pfandrecht für eine künftige Forderung bestellt und wird vor dem Entstehen dieser Forderung für eine andere schon bestehende Forderung ein Pfandrecht durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Pfandbesitzer bestellt, so geht dies letztere Pfandrecht dem zuerst bestellten für die später entstehende Forderung nach (**RG** Warn 1912 Nr 345).

3. Aufschiebend bedingte und betagte Pfandrechte. Ist nicht die Forderung, sondern das Pfandrecht bedingt oder betagt, so kann allerdings § 1209 unmittelbar keine Anwendung finden. Es ist denn auch Streit darüber, ob für den Rang derartiger Pfandrechte die Zeit der Bestellung oder die Zeit maßgebend ist, in der die Bedingung eingetreten, der bestimmte Anfangstermin gekommen ist. Der Grundsatz, daß die Beteiligten über die Rangordnung nicht verfügen und auf dem Gebiete des Pfandrechts an beweglichen Sachen Rangvorbehalte nicht schaffen können (vgl. A 1) und die Bestimmung im § 161 führen aber dazu, das Rangverhältnis aufschiebend bedingter und betagter Pfandrechte nicht anders zu beurteilen als das der Pfandrechte für aufschiebend bedingte und betagte Forderungen.

4. Ausnahmen von der allgemeinen Regel des Ranges nach der Zeitfolge der Pfandrechtsbestellungen ergeben sich aus § 1208 für die Fälle des Erwerbs eines Pfandrechts im guten Glauben an das Nichtbestehen älterer Rechte, und aus § 443 des HGB für die Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers. Durch § 5 Abs 1 des Pächterkreditgesetzes (vgl. § 1208 A 11) wird die Ausnahme beseitigt und so die Regel bestätigt.

5. Das Pächterkreditgesetz gestattet dem Pächter nicht, sein Inventar an mehrere Kreditinstitute zu verpfänden, verbietet das vielmehr geradezu; deshalb fehlt in dem Gesetz ebenso wie eine Vorschrift über den Rang mehrerer Pfandrechte auch ein Hinweis auf § 1209 (**RG** 143, 10 f.).

§ 1210

[1]) Das Pfand haftet für die Forderung in deren jeweiligen Bestand [2]), insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen [3]). Ist der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer des Pfandes, so wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert [4]).

Das Pfand haftet für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung [5]) sowie für die Kosten des Pfandverkaufs.

E I 1148, 1149 II 1120; M 3 803, 804; P 3 445—449; 4 606, 607.

1. Der **Umfang der Haftung des Pfandes für die Forderung** bestimmt sich zunächst durch die Vereinbarung bei der Pfandbestellung. Die Haftung kann von vornherein weiter bestimmt, aber auch enger beschränkt und insbesondere auch durch einen Höchstbetrag begrenzt sein. Ist eine Vereinbarung über die Haftung nicht getroffen, so sind die Vorschriften des § 1210 (als nachgiebiges Recht) anzuwenden (M 3, 803).

2. Forderung im jeweiligen Bestande, d. h. in demjenigen Bestande, der sich aus der natürlichen Entwicklung der Forderung: Verminderung durch Zahlungen, Vermehrung durch Rückständigwerden von Zinsen, Verfall von Vertragsstrafen, sonstige Veränderungen durch vertragliches Verschulden u. dgl., in jedem Augenblick ergibt. Eingeschlossen ist aber — sofern nicht Verpfändung für fremde Schuld vorliegt — auch die Erweiterung der Forderung durch spätere Rechtsgeschäfte, wenn diese Erweiterungen nur im Rahmen der bisherigen Forderung erfolgt und nicht eine neue selbständige Forderung schafft. Auf die rechtsgeschäftliche Erweiterung der Forderung innerhalb dieses Rahmens erstreckt sich selbst dann die Haftung des Pfandes, wenn vor der Erweiterung andere Rechte an der Sache entstanden sind. Diesen kann auch nicht der Vorrang von den späteren Erweiterungen gewahrt werden, weil die Haftung für diese Erweiterungen schon von Anfang an als Haftung für künftige Erweiterungen bestand. Ihr Rang bestimmt sich deshalb nach der Zeit der Bestellung des Pfandrechts für die ursprüngliche Forderung. — Da nach **RG** 111, 62 f. die Aufwertung, welche für eine Forderung gefordert werden kann, nichts anderes ist, als die Forderung selbst, so haftet das Pfand auch für den Aufwertungsbetrag. — Für das Pfändungspfandrecht gilt nach § 804 ZPO der § 1210 nur, soweit nicht die Vorschriften der ZPO entgegenstehen (**RG** 97, 40; 108, 320). Das trifft gemäß §§ 322, 704 ZPO zu, wenn auf Grund eines zur Vertragserfüllung verurteilenden Titels gepfändet worden ist und der Er-

füllungsanspruch sich nachträglich in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verwandelt hat. Wegen dieses Anspruchs kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden (RG 114, 386).

3. **Zinsen,** auch gesetzliche, insbesondere Verzugszinsen, Vertragsstrafen, statt oder neben der Erfüllung. Den Schlußpunkt, bis zu welchem Zinsen berechnet werden dürfen, bildet die Zeit der Pfandverwertung.

4. **Beschränkung der Haftung, wenn der persönliche Schuldner nicht Eigentümer des Pfandes ist.** Der Satz, daß die Haftung des Pfandes nicht erweitert wird, wenn der Schuldner die Forderung durch ein Rechtsgeschäft erweitert, das er nach der Verpfändung vornimmt, zeigt deutlich, daß als Voraussetzung der Beschränkung der Haftung vom Gesetze die Verpfändung für eine fremde Schuld gedacht ist. Der Gedankengang ist also der: Verpfändet man eine Sache für eigene Schuld, so ist mangels anderer Vereinbarung anzunehmen, daß man für den Fall der Erweiterung der Schuld auch die Erweiterung des Pfandes vereinbart haben will, verpfändet man aber eine Sache für fremde Schuld, so tritt die Erweiterung der Haftung nur ein, wenn sie besonders vereinbart ist. Von diesem Gesichtspunkt aus muß angenommen werden, daß Satz 2 auf den Fall des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs vom Schuldner als vermeintlichem Eigentümer keine Anwendung zu finden hat. Denn infolge des Schutzes des guten Glaubens muß der Pfandgläubiger so behandelt werden, als wenn er vom Schuldner als wirklichem Eigentümer Pfandrecht erhalten hätte, also erweiterbares Pfandrecht. Ebenso kann dem Pfandgläubiger die von vornherein begründete Erweiterbarkeit des Pfandrechts nicht dadurch entzogen werden, daß der Schuldner das Eigentum der Pfandsache, das er bei der Pfandbestellung besaß, später einem Dritten überträgt. Anderseits wird das von einem dritten Verpfänder für fremde Schuld und darum als unerweiterbar bestellte Pfandrecht nicht dadurch von selbst zum erweiterbaren, daß der Drittverpfänder die Pfandsache an den Schuldner veräußert.

5. **Kosten der Rechtsverfolgung,** auch die Kosten der gegen den Schuldner persönlich gerichteten Rechtsverfolgung.

§ 1211

Der Verpfänder [1]) kann dem Pfandgläubiger gegenüber [2]) die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung [3]) sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden [4]) geltend machen [5]). Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Verpfänder nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet.

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet.

E I 1149, 1160 II 1119; M 3 804, 814, 815; P 3 445—449, 460, 461.

1. **Der Verpfänder,** der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Eigentümer braucht der Verpfänder nicht zu sein, um die Rechte des § 1211 zu genießen. Dem Eigentümer, der weder Verpfänder noch persönlicher Schuldner ist, müssen aber die gleichen Rechte zugestanden werden wie dem Verpfänder (RG JW 1912, 749[13]).

2. **Dem Pfandgläubiger gegenüber,** d. h. gegenüber dem Anspruche des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande, zutreffendenfalls im Wege einer besonderen Klage, ähnlich der aus § 767 ZPO.

3. **Die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden.** Nur die gegen die Forderung zustehenden Einreden sind dem Verpfänder gegeben, nicht auch sonstige, wie die in Satz 2 erwähnte, die Einrede aus dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger und die konkursrechtlichen Einreden. Die Verjährungseinrede, obwohl gegen die Forderung zustehend, ist dem Verpfänder zufolge § 223 Abs 1 unzugängig. Die Ansprüche des Schuldners auf Herabsetzung der Leistung (§§ 343, 655) können auch durch Einrede verfolgt werden (RG JW 03 Beil 96). Als Einreden richten sie sich gegen die Forderung, auch sie sind daher dem Verpfänder gegeben. Der jenen Bestimmungen zugrunde liegende gesetzgeberische Gedanke spricht nicht dagegen.

4. **Die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden,** nämlich die Einrede, daß der persönliche Schuldner das der Forderung zugrunde liegende Rechtsgeschäft noch anfechten könne, und die Einrede, daß der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen könne. Vgl. § 770 A 1, 2, 3, wobei jedoch zu beachten, daß der Verpfänder nach § 1211 Abs 2 die Einrede durch den Verzicht des persönlichen Schuldners nicht verliert. Mit einer Forderung des Schuldners gegen den Pfandgläubiger kann der Verpfänder oder Pfandeigentümer, wenn er nicht der Schuldner ist, nicht aufrechnen (RG JW 1912, 749[13]), wohl aber darf er die Leistung verweigern, solange der Pfandgläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann (RG LZ 1931, 777).

5. § 1211 erweitert die Rechte des Verpfänders. Die ihm selbst zustehenden Einreden, mögen sie sich gegen den Bestand des Pfandrechts richten, mögen sie auf einem besonderen Rechtsverhältnis zum Pfandgläubiger beruhen, sind ihm durch § 1211 nicht abgesprochen.

§ 1212

[1]) Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden [2]) [3]) [4]) [5]).

E I 1150 II 1121; M 3 805; P 3 449—451.

1. Forthaftung der Bestandteile, insbesondere der Erzeugnisse der Pfandsache nach der Trennung. Da wesentliche Bestandteile, solange sie nicht getrennt sind, nach § 93 die rechtliche Lage der Sache teilen, erstreckt sich das Pfandrecht an einer beweglichen Sache ohne weiteres auf deren ungetrennte wesentliche Bestandteile. Die Folge der Trennung und des Selbständigwerdens der Bestandteile ist, soweit nicht besondere Bestimmungen bestehen, die, daß die Rechtsverhältnisse, denen die Sache bis dahin als Bestandteil unterlag, nur für sie als selbständige Sache fortdauern. Besondere Bestimmungen sind für das Eigentum im Falle der Trennung der Bestandteile in den §§ 954ff. gegeben, für das Pfandrecht dagegen nicht. Das Pfandrecht besteht also nicht nur an den Erzeugnissen der Sache, sondern auch an allen bis zur Trennung zu ihr gehörenden wesentlichen Bestandteilen der Pfandsache vom Augenblick der Trennung ab als an einer selbständigen Sache fort. Der durch die Trennung etwa eintretende Eigentumswechsel ist auf den Bestand des Pfandrechts ohne Einfluß. Durch Rechtsgeschäft und mit dinglicher Wirkung kann die gesetzliche Regel nicht aufgehoben werden. Der Pfandgläubiger kann sich aber schuldrechtlich zur Freigabe verpflichten.

2. Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden, sind von der in A 1 besprochenen allgemeinen Regel nicht ausgenommen. Nur dies ist der Sinn des § 1212. Früchte der Sache, die nicht Erzeugnisse sind, also insbesondere Erträge, welche eine Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (§ 99 Abs 3), sind nicht Bestandteile der Sache. Auf sie erstreckt sich daher, abgesehen von besonderer Vereinbarung, das Pfandrecht nicht.

3. Zubehör ist nicht Bestandteil. Das Pfandrecht erstreckt sich darauf nur insoweit, als die Zubehörstücke bei der Pfandbestellung mit übergeben wurden. Dafür, daß bei der Übernahme einer Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandes die Absicht der Beteiligten auch auf Verpflichtung zur Verpfändung des Zubehörs der Pfandsache ging, spricht nach § 314 die Vermutung.

4. Ein dinglicher Ersatz (eine Surrogation) der Pfandsache tritt von Gesetzes wegen nur insoweit ein, als bestimmt ist, daß der Erlös aus dem Pfande in den Fällen der §§ 1219 u. 1247 an die Stelle des Pfandes tritt. Der Erlös für die vom Eigentümer freihändig verkaufte Milch fällt auch dann nicht unter das Pfandrecht, wenn bei der Gesamtbeschlagnahme des Gutes durch das öffentlich-rechtliche Kreditinstitut (die „Landschaft") die Milcherträge mit gepfändet sind (JW 1933, 715[2]). Der Pfandgläubiger, bei dem die Pfandsache durch Verschulden eines Dritten zerstört wurde, hat also nicht etwa an Stelle des Pfandrechts an der Sache nun ein Pfandrecht an dem Ersatzanspruche des Eigentümers gegen den Zerstörer oder an der Entschädigung, die der Beschädiger dem Eigentümer geleistet hat. Er hat auch keinen — etwa dem § 281 entsprechenden — Anspruch auf Einräumung eines Pfandrechts an dem Ersatzanspruch oder dem als Ersatz Empfangenen, denn die Rechtsregel des dinglichen Ersatzes ist nicht allgemein gültig, ihre Wirkungen und ihr Umfang sind nach den einzelnen, sie betreffenden Bestimmungen zu bemessen (RG 94, 22; 105, 87f.; 22. 1. 29 VII 315/28). Ebenso hat der Pfandgläubiger kein Ersatzpfandrecht an dem Versicherungsanspruche, der aus der Zerstörung der Sache gegen einen dritten Versicherer entstanden ist, ohne Rücksicht darauf, wer die Versicherung genommen hat. Im Vereinbarungswege können Ersatzpfandrechte geschaffen werden; sie entstehen, wenn die besonderen Voraussetzungen für ihre Bestellung erfüllt sind. Geschützt wird der Pfandgläubiger durch § 823 Abs 1 und durch die Möglichkeit, selbst die Sache zu versichern.

5. Eine Ausnahme von der Erstreckung des Pfandrechts auf die Erzeugnisse ergibt sich im Falle des Nutzungspfandes (§ 1213).

§ 1213

[1]) Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen [2]) des Pfandes zu ziehen [3]) [4]).

Ist eine von Natur fruchttragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben [5]), so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Pfandgläubiger zum Fruchtbezuge berechtigt sein soll.

E I 1154 II 1122; M 3 807—809; P 3 452, 453.

1. Nutzungspfand. Das Gesetz läßt das Nutzungspfand als Art der Verpfändung nur an

beweglichen Sachen, Rechten und Forderungen zu, nicht an Grundstücken (M 3, 630). Ein unter der Herrschaft des ALR begründetes Nutzungspfand an Grundstücken ist nach dem Inkrafttreten des BGB weggefallen, wenn es mit einer Hypothek verbunden war (RG 47, 56). Das Recht des Nutzungspfandgläubigers, die Nutzungen zu ziehen, ist Ausfluß des Pfandrechts, nicht eines neben dem Pfandrecht bestehenden nießbrauchähnlichen Rechts. Aber wie der Nießbrauch nach § 1230 Abs 2 durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden kann, so auch das Nutzungspfand. Der Wortlaut des Gesetzes „die Nutzungen" spricht nicht zwingend dagegen, Erwägungen des Gesetzgebers, welche entgegenstehen könnten, sind nicht erkennbar. Die Nutzungsberechtigung kann auch nach der Bestellung des Pfandes eingeräumt, das gewöhnliche Pfand dadurch in ein Nutzungspfand umgewandelt werden. Entsprechendes gilt für die Umwandlung eines Nutzungspfandes in ein gewöhnliches Pfandrecht.

2. Der Begriff der Nutzung ergibt sich aus § 100.

3. Umfang der Nutzungsberechtigung. Soweit nicht anders vereinbart (vgl. A 1), gebühren dem Bezugsberechtigten alle Nutzungen, aber nur bis zum Erlöschen seiner Bezugsberechtigung und jedenfalls nicht länger als bis zum Erlöschen des Pfandrechts. Für die Berechtigung zum Bezuge der Früchte ist § 101 anzuwenden.

4. Folgen der Nutzungsberechtigung. Der Pfandgläubiger hat auf Grund des Nutzungspfandrechts die Befugnis, die Erzeugnisse der Pfandsache sich anzueignen; er erwirbt daran also mit der Trennung Eigentum (§ 954). Pfandrecht entsteht deshalb für ihn an den Erzeugnissen nicht. An den Erträgen, welche die Pfandsache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt, erhält der Bezugsberechtigte Eigentum erst durch die Übereignung der Leistung.

5. Alleinbesitz. Nutzungspfandrecht kann auch bei Pfandbestellung durch Überlassung des Mitbesitzes begründet werden, doch greift dann die Auslegungsregel des Abs 2 nicht Platz. Das „Übergeben" zum Alleinbesitz ist nicht allzu wörtlich zu nehmen. Die Auslegungsregel gilt auch bei einer Pfandbestellung nach § 1205 Abs 1 Satz 2 und nach § 1205 Abs 2, wenn der Pfandgläubiger nachträglich alleiniger unmittelbarer Besitzer der Sache geworden ist. Anderseits ist die Herausgabe zum Zwecke des Verkaufs im Sinne des § 1231 kein Übergeben zum Alleinbesitz. — Keine Anwendung findet § 1213 Abs 2 bei der Verpfändung von Rechten (vgl. § 1273 Abs 2).

§ 1214

[1]) Steht dem Pfandgläubiger das Recht zu, die Nutzungen zu ziehen, so ist er verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen [2]) und Rechenschaft abzulegen [3]).

Der Reinertrag der Nutzungen wird auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet [4]).

Abweichende Bestimmungen sind zulässig [5]) [6]).

E I 1154 II 1123; M 3 808, 809; P 3 452, 453.

1. Pflicht zur Sorge für die Gewinnung der Nutzungen. Der Pfandgläubiger hat für die Gewinnung der Nutzungen so zu sorgen, wie es den Umständen und einer sorgsamen ordnungsmäßigen Geschäftsführung entspricht. Die hierzu nötigen Verwendungen hat er zu machen, zu außergewöhnlichen Maßregeln ist er nicht verpflichtet. Eine übermäßige Nutzung, die der Sache schädlich ist, macht ihn ebenso haftbar wie Nachlässigkeit bei der Nutzung.

2. Rechenschaftspflicht. Die Gewinnung der Nutzungen ist für den Pfandgläubiger zugleich eigene und fremde Angelegenheit. Daher seine Rechenschaftspflicht (RG 73, 288). Die Rechenschaft ist nach § 259 abzulegen. Wann und wie oft sie abzulegen ist, bestimmt sich, wenn eine Vereinbarung darüber nicht stattgefunden hat, nach billigem Ermessen. Unnötig und zur Unzeit kann die Ablegung nicht verlangt werden. Mit dieser Beschränkung ist es richtig, daß jederzeit Rechenschaft verlangt werden kann. Der Offenbarungseid kann nur unter den Voraussetzungen des § 259 Abs 2, 3 verlangt werden.

3. Reinertrag ist der Betrag, der sich aus der Verwertung der Nutzung nach Abzug der Kosten für die gewöhnliche Unterhaltung der Sache und für die Gewinnung und Verwertung der Nutzungen ergibt, und, wenn der Nutzungsberechtigte gezogene Früchte nicht verwertet, sondern für sich selbst behalten hat, der Betrag, der sich ergibt, wenn die Kosten der Gewinnung von dem Verkaufswert abgezogen werden.

4. Art der Anrechnung. Aus der Fassung: „wird angerechnet" ergibt sich, daß nicht nur eine Verpflichtung besteht, den Reinertrag in dieser Art zu verrechnen, sondern daß vielmehr die Anrechnung von Gesetzes wegen statthat. Auch ohne Verrechnung gelten ohne weiteres die Zinsen, die Kostenforderung und die Hauptforderung als bezahlt und erloschen, insoweit sie nach Maßgabe des Abs 2 durch den Reinertrag ausgeglichen sind. Die Kosten, von denen hier die Rede ist, sind die auf die Forderung erwachsenen Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung (§ 1210). Sie haben bei der Anrechnung des Reinertrags den Zinsen vorzugehen (vgl. § 367 Abs 1).

5. **Abweichende Bestimmungen**, insbesondere dahin, daß durch die Nutzungen die Zinsen abgegolten sein sollen; in diesem Falle wird zumeist eine Verpflichtung zur Sorge für die Gewinnung der Nutzungen und eine Rechenschaftspflicht nicht bestehen. Es sind aber auch anderweitige Bestimmungen über die Verrechnung möglich. Abweichende Bestimmungen können sich endlich daraus ergeben, daß im Falle der Pfandbestellung durch Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes ein Pfandhalter aufgestellt ist, dem die Gewinnung der Nutzungen und die Abführung des Reinertrags an den Pfandgläubiger obliegt.

6. **Entsprechende Anwendung** findet § 1214, wenn ein Pfandgläubiger, etwa ein Vermieter, der sein gesetzliches Pfandrecht ausgeübt hat, das Pfand nutzt, etwa indem er die zurückbehaltenen Möbel des Mieters an dritte Personen vermietet. In der Klage des Mieters auf Auskehrung des Reinertrags kann auch eine nachträgliche Genehmigung der Vermietung liegen, auch § 687 Abs 2 kann einschlagen (RG 105, 408).

§ 1215

Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet [1]) [2]) [3]).

E I 1156 II 1124; M 3 810, 811; P 3 454, 455.

1. Die regelmäßige **Voraussetzung der Verwahrungspflicht** ist, daß der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den alleinigen unmittelbaren Besitz des Pfandes erlangt hat. Ist dem Pfandgläubiger, wie für den Regelfall anzunehmen, die Hinterlegung der Sache bei einem Dritten gestattet, so hat er nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten (vgl. § 691 und unten A 2). Erlangt der Pfandgläubiger nur Mitbesitz nach einer der Möglichkeiten des § 1206 oder wird ihm nach § 1205 Abs 2 der mittelbare Besitz eingeräumt, so bleibt die Verwahrungspflicht zunächst ohne Inhalt. Das Pfand ist dann zwar bei einem Dritten hinterlegt — Dritter ist insoweit auch der nach § 1206 Halbs. 1 unmittelbar mitbesitzende Verpfänder —, es ist aber nicht der Pfandgläubiger, welcher die Hinterlegung vorgenommen hätte, ein Verschulden dabei kann ihn nicht treffen. Die Verwahrungspflicht wird aber stets wirksam in dem Augenblick, in dem der Pfandgläubiger zur Ausübung seines Pfandrechts den unmittelbaren Alleinbesitz erlangt. Bei gesetzlichen Pfandrechten, auf die § 1215 entsprechend Anwendung findet, hat der Pfandgläubiger in der Regel keine Verwahrungspflicht, wohl aber, wenn er z. B. als Vermieter das Pfand zur Ausübung seines Rechts in Besitz genommen hat (RG 16. 9. 24 VII 660/23). Er hat die Verwahrungspflicht insbesondere dann nicht, wenn das gesetzliche Pfandrecht an Sachen besteht, die sich im unmittelbaren Besitze des Schuldners befinden. Der Schuldner kann nicht verlangen, daß der Gläubiger die Verwahrung übernimmt. Die Pflicht zur Verwahrung des Pfändungspfandes bei der Zwangsvollstreckung ist öffentlich-rechtliche Amtspflicht des Gerichtsvollziehers, eine Verwahrungspflicht des Pfändungspfandgläubigers kommt dabei nicht in Frage (RG SeuffBl 07, 107; RG 18. 10. 12 VII 219/12). Läßt ein Vermieter das vermietete Haus zwangsweise räumen, hält er aber die hinausgeschafften Sachen in Ausübung des Vermieterpfandrechts auf dem Grundstück zurück und nimmt der Gerichtsvollzieher diese auf dem Grundstück verbleibenden Sachen nach § 885 Abs 3 ZPO in amtliche Verwahrung, so trifft den Vermieter als Pfandgläubiger keine Verwahrungspflicht. Ein Bevollmächtigter, der bei diesen Vorgängen für den Vermieter auftritt, ist selbst weder nach § 1215 noch nach § 823 Abs 1 zur Sorge für die Verwahrung der Pfänder verbunden (RG 102, 77ff.).

2. **Inhalt der Verwahrungspflicht.** Ob die Verpflichtung zur Verwahrung des Pfandes wirklich darauf beruht, daß das Gesetz in dem Pfandbestellungsvertrage zugleich einen für die Dauer des Pfandrechts geschlossenen Verwahrungsvertrag findet, kann dahingestellt bleiben. Von einer *unmittelbaren* Anwendung der Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (§§ 688ff.) ist jedenfalls nicht die Rede. Nur eine *entsprechende* Anwendung der §§ 688ff. kommt in Frage, und diese ist der Hauptsache nach nicht streitig. Bei der Frage der entsprechenden Anwendung der Einzelvorschriften ist aber ein wesentlicher Unterschied im Auge zu behalten. Der Verpfänder übergibt die Pfandsache dem Pfandgläubiger nicht deshalb, weil er ihn im Vertrauen auf seine Befähigung zum Verwahrungsgeschäft als Verwahrer ausersehen hat — wie dies bei § 688 der Fall ist —, sondern er übergibt dem Pfandgläubiger die Pfandsache, weil dies zur Bestellung des Pfandes notwendig ist. Der Pfandgläubiger anderseits verwahrt die Pfandsache nicht nur zum Nutzen des Verpfänders, sondern ebenso zum eigenen. Unter diesen Umständen geht es weder an, die Haftung des Pfandgläubigers nach § 690 zu beschränken, denn es handelt sich um keine bloße Gefälligkeit (RG 25. 4. 22 VII 420/21), noch darf die Auslegungsregel, daß der Verwahrer im Zweifel nicht berechtigt ist, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen (§ 691 Satz 1), auf die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers angewendet werden. Denn jene Auslegungsregel gründet sich gerade auf den bei der Verpfändung durchaus zurücktretenden Gedanken, daß die Hinterlegung auf einem dem Verwahrer als solchem geschenkten besonderen Vertrauen beruht (M 2, 574). Der entsprechenden Anwendung des übrigen Inhalts des § 691 sowie der entsprechenden Anwendung der §§ 692, 693, 694 steht dagegen ein Hindernis nicht im Wege. Die Verwahrungspflicht umfaßt nur unter besonderen Umständen auch die Erhaltungspflicht. Wer

Aktien als Pfand erhalten hat, überkommt damit keine Verpflichtung, für den inneren Wert der verpfändeten Aktien Sorge zu tragen. Das gilt auch von der Aktiengesellschaft, der eigene Aktien verpfändet sind (RG 77, 13f.). Die Verpflichtung des Pfandgläubigers kann aber gegebenenfalls soweit gehen, auch ohne Anregung des Pfandschuldners von sich aus die verpfändeten Effekten bei drohendem Kursverlust zu veräußern und durch andere Werte zu ersetzen (RG 109, 182ff.; LZ 1927, 1339). Wer ein Tier als Pfand fern vom Verpfänder für längere Zeit im eigenen Gewahrsam hat, darf es nicht aus Mangel an Nahrung umkommen lassen. Er wird in diesem Falle nach der zu vermutenden Absicht der Beteiligten bei der Pfandbestellung für die Fütterung zu sorgen haben. Eine Pflicht des Pfandgläubigers, die verpfändete Sache gegen Beschädigung und Verlust zu versichern, kann für den Regelfall nicht anerkannt werden.

3. Die Dauer der Verwahrungspflicht kann sich über die Zeit des Bestehens des Pfandrechts hinaus erstrecken, nämlich nach dem Erlöschen des Pfandrechts bis zur Zurückgabe des Pfandes.

§ 1216

[1]) Macht der Pfandgläubiger Verwendungen auf das Pfand, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Verpfänders nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Pfandgläubiger ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er das Pfand versehen hat, wegzunehmen [2]).

E I 1159 II 1125; M 3 813, 814; P 3 459, 460.

1. Ersatzansprüche wegen Verwendungen auf das Pfand. Die Vorschrift betrifft nur die freiwilligen Verwendungen des Pfandgläubigers auf das Pfand. Haben Vereinbarungen über die Vornahme und den Ersatz von Verwendungen auf das Pfand zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger stattgefunden, so bemißt sich die Ersatzpflicht nach diesen. Die nach § 1214 vom Pfandgläubiger zu machenden Aufwendungen zur Gewinnung der Nutzungen aber sind nicht Verwendungen „auf das Pfand" und gehören schon deshalb nicht hierher. Die übrigen, hiernach freiwilligen Verwendungen auf das Pfand wären unmittelbar unter die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu stellen, wenn sie lediglich der auftragslosen Besorgung eines Geschäfts des Pfandgläubigers gelten würden. Das ist aber nicht die Regel. In der Regel verfolgt der Pfandgläubiger mit den Verwendungen zur Erhaltung der Sache neben dem Nutzen des Verpfänders und noch vor ihm seinen eigenen Nutzen. Damit gerät in Frage, ob auf den Ersatz dieser Verwendungen die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung zu finden haben. § 1216 unterstellt sie ausdrücklich diesen Vorschriften. Man hat davon auszugehen, daß der Pfandgläubiger, wenn im übrigen die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag bei den Verwendungen vorliegen, nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen kann, gleichviel, ob er zu den Verwendungen durch die Rücksicht auf seinen eigenen Nutzen oder das Beste des Verpfänders bestimmt worden ist (RG 6. 2. 08 VI 205/07). Der Pfandgläubiger kann also stets gleich einem Beauftragten Ersatz verlangen, wenn nur die Verwendung dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen und dem Besten des Verpfänders entsprach (vgl. hierzu § 683). Hat der Verpfänder bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und Überlastung des Pfandes von dessen Erhaltung keinen Nutzen, so können gegen ihn auch Ersatzansprüche wegen Verwendungen nicht erhoben werden. Für die hiernach bestehenden Ansprüche gegen den Verpfänder auf Ersatz von Verwendungen haftet das Pfand nach § 1210 Abs 2. Ist der Verpfänder nicht der Eigentümer des Pfandes und ist das Pfand nicht an den Verpfänder, sondern an den Eigentümer herauszugeben, so kann von diesem der Pfandgläubiger als herausgabepflichtiger Besitzer Ersatz der Verwendungen nach den Bestimmungen der §§ 994ff. verlangen (Prot 3, 460). Soweit der Verpfänder und der Eigentümer nebeneinander haften, sind sie Gesamtschuldner. Der etwaige Ausgleichanspruch regelt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis. — Vgl. im übrigen auch § 994 A 1 a. E.

2. Wegnahme von Einrichtungen vgl. § 258 und die Anmerkungen dazu.

§ 1217

[1]) Verletzt der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders [2]) in erheblichem Maße [3]) und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders fort [4]), so kann der Verpfänder verlangen, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers hinterlegt [5]) oder, wenn es sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird [6]).

Statt der Hinterlegung oder der Ablieferung der Sache [7]) an einen Verwahrer kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen [8]). Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht

fällig, so gebührt dem Pfandgläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt [9]) [10]) [11]).

E I 1156 II 1126; M 3 811; P 3 454—457; 4 599.

1. **Besondere Befugnisse des Verpfänders bei Verletzung seiner Rechte durch den Pfandgläubiger.** Mißbraucht der Pfandgläubiger seine Besitzerstellung zu erheblicher und hartnäckiger Verletzung der Rechte des Verpfänders, so mutet das Gesetz diesem nicht zu, den Pfandgläubiger im unmittelbaren Besitze zu belassen. Es schützt ihn vielmehr durch Einräumung des Anspruchs auf Herausgabe des Pfandes an einen Dritten (Hinterlegungsstelle oder Verwahrer), sowie durch Gewährung des Rechtes auf vorzeitige Einlösung. Der Verpfänder hat die Wahl zwischen beiden Behelfen.

2. Die **Verletzung der Rechte des Verpfänders** wird in der Regel in der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten liegen, die dem Pfandgläubiger aus dem Pfandvertrage nach dem Gesetz oder der besonderen Vereinbarung erwachsen sind, sie kann aber auch in der Anmaßung nicht zukommender Befugnisse bestehen. Solche Verletzungen sind beispielsweise: die Verletzung der Verwahrungspflicht (§ 1215), die Vernachlässigung der übernommenen Pflege der verpfändeten Tiere, die Anmaßung nicht zustehender Benutzung und Nutzung, die Verabsäumung der Pflicht, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen (§ 1214), die Weigerung, verpfändete Aktien zur Ausübung eines Bezugsrechts einzureichen.

3. **In erheblichem Maße:** es genügt nicht eine geringfügige Pflichtverletzung. Die Verletzung darf nach ihrer Schwere zu der Bedeutung des Abhilfemittels nicht im Mißverhältnisse stehen (vgl. § 1054). Zu einer schweren Schädigung braucht sie nicht geführt zu haben.

4. **Hartnäckigkeit der Verletzung.** Eine besondere Form ist für die Abmahnung nicht vorgeschrieben. Die Androhung des Gebrauchs der gegebenen Rechtsbehelfe braucht sie nicht zu enthalten.

5. **Die Hinterlegung** erfolgt bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle entsprechend den Vorschriften in §§ 372ff. Eine etwaige Verurteilung zur Hinterlegung wird nach § 883 ZPO vollstreckt. Die Zurücknahme der hinterlegten Sache ist nur mit Zustimmung des Verpfänders zulässig. Das Pfandrecht des Pfandgläubigers dauert während der Hinterlegung fort. Wenn das Eigentum an der hinterlegten Sache nach Landesgesetz auf den Staat übergeht, verwandelt sich das Pfandrecht an der Sache in ein Pfandrecht an dem Herausgabeanspruch.

6. **Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer** (vgl. FGG § 165). Beim Nutzungspfande obliegt dem Verwahrer auch die Verwaltung, Verwertung, Verrechnung und Herausgabe der Nutzungen.

7. **Statt der Hinterlegung oder Ablieferung:** Die Wahl des einen Weges schließt ein Übergehen zum andern nicht aus. Dem Verpfänder ist insbesondere gestattet, von dem Einlösungsrechte Gebrauch zu machen, wenn der Pfandgläubiger auf die außergerichtliche Aufforderung hin sich zur Hinterlegung oder Herausgabe an einen Verwalter nicht bereit zeigt.

8. **Recht vorzeitiger Einlösung.** Sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, hat der Verpfänder das Einlösungsrecht ohnehin nach § 1223 Abs 2. § 1217 gibt ihm darüber hinaus das Recht zu früherer Einlösung, und zwar auch dann, wenn die Zeit für die Leistung zugunsten des Gläubigers bestimmt sein sollte (vgl. § 271 Abs 2). Vor etwaigem Schaden wird der Verpfänder durch die — nach § 272 eine Ausnahme darstellende — Befugnis bewahrt, die Zwischenzinsen abzuziehen.

9. **Recht, Zwischenzinsen abzuziehen,** vgl. § 1133 Satz 3 und die Anmerkung dazu.

10. **Dem Eigentümer** der Pfandsache, der nicht Verpfänder ist, stehen die außerordentlichen Befugnisse des § 1217 nicht zu, er ist auf die Rechte aus dem Eigentum, insbesondere nach § 1004 beschränkt, doch steht ihm anderseits § 991 Abs 2 zur Seite.

11. **Über die Rechtsfolgen der Einlösung,** wenn der Verpfänder nicht persönlicher Schuldner ist, vgl. § 1225.

§ 1218

[1]) Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes [2]) zu besorgen, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen; die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen [3]).

Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder von dem drohenden Verderb unverzüglich Anzeige zu machen, sofern nicht die Anzeige untunlich ist [4]).

E I 1157 II 1127; M 3 812; P 3 457, 458.

1. **Rechte des Verpfänders im Falle der Gefahr des Verderbs oder der Entwertung des Pfandes.** Das Gesetz gewährt dem Verpfänder, der durch den Besitz des Pfandgläubigers am

eigenen wirksamen Schutze seiner Sache gehindert ist, das Recht, die Pfandsache gegen Ersatz durch anderweitige Sicherheit zurückzuverlangen. In der Befugnis zu diesem Verlangen kann unter Umständen die Befugnis eingeschlossen sein, zu verlangen, daß der Gläubiger die der Gefahr der Entwertung unterliegende Pfandsache, falls sie Markt- oder Börsenpreis hat, verkauft und im Erlös oder in neu anzuschaffenden Sachen oder Wertpapieren Befriedigung oder Deckung sucht. Dies dem Verpfänder zu verweigern, wäre insbesondere dann, wenn der Kurssturz nicht nur vorübergehend ist und dem Gläubiger im Erlös volle Deckung bevorsteht, so unbillig, daß es nicht als im Sinne des § 1218 gelegen sein kann. So denn auch **RG** 74, 151 und 101, 49 unter Hinweis auf § 242. Dem Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, steht das Recht aus § 1218 nicht zu.

2. Wesentliche Minderung des Wertes. Während der Verderb ein Unbrauchbarwerden der Sache durch Veränderungen bedingt, die an ihr selbst vorgehen, kann die Wertminderung sowohl auf einer solchen Veränderung beruhen als auch auf äußeren Umständen, die zum Sinken des Preises führen. Hier können insbesondere Wertpapiere in Frage kommen. Die Wertminderung muß wesentlich sein, d. h. sie darf nicht im Verhältnis zum bleibenden Werte der Sache geringfügig sein. Eine Wertminderung, welche die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, ist nicht Voraussetzung; seinem Schutz dient § 1219.

3. Ablösung durch anderweitige Sicherheitsleistung. Das Recht der Einlösung durch vorzeitige Befriedigung ist in diesem Falle nicht gegeben. Die Sicherheitsleistung kann mit den im § 232 Abs 1 bezeichneten Mitteln erfolgen und untersteht im übrigen den Vorschriften der §§ 233—238, 240. Hierbei ergibt sich jedoch eine Einschränkung. Dem Verpfänder liegt nur die Pflicht zur anderweitigen Sicherheitsleistung ob, nicht die Pflicht zur Sicherheitsleistung schlechthin. Er hat also nicht unter allen Umständen eine Sicherheit zu leisten, die zur Sicherstellung der Forderung ausreicht, sondern ist jedenfalls zu nicht mehr verpflichtet als zur Leistung einer Sicherheit, die für das zurückzugebende Pfand einen genügenden Ersatz bietet. Der Gläubiger muß also zufrieden sein mit einer Sicherheit, die die Forderung nach den Grundsätzen der §§ 233 ff. deckt, kann aber, wenn schon das zurückzugebende Pfand dazu nicht ausreichte, nicht mehr als eine Sicherheit im Sicherungswerte dieses Pfandes verlangen. Dabei ist als Wert des Pfandes der Wert zur Zeit der Rückgabe zugrunde zu legen.

4. Die Anzeigepflicht besteht nur für den Fall des drohenden Verderbs, nicht auch für den der drohenden Wertminderung. Eine innerliche Berechtigung hat das nur dann, wenn die Wertminderung auf einem Sinken der Preise beruht, deren Bewegung zu beobachten der Verpfänder durch den Mangel des Besitzes nicht gehindert ist. Der Wortlaut des Gesetzes gestattet indessen keine erweiternde Auslegung. Die Anzeigepflicht wird aber immer dann bestehen, wenn die an der Sache sich zeigenden oder ihr drohenden Veränderungen für die nächste Zeit nur eine Wertminderung, für später aber den Verderb besorgen lassen.

§ 1219

[1]) Wird durch den drohenden Verderb des Pfandes oder durch eine zu besorgende wesentliche Minderung des Wertes die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, so kann dieser das Pfand öffentlich versteigern lassen [2]).

Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes [3]). Auf Verlangen des Verpfänders ist der Erlös zu hinterlegen [4]) [5]).

E I 1157 II 1128; M 3 812; P 3 457—459.

1. Versteigerungsrecht des Pfandgläubigers bei Gefahr des Verderbs oder der Entwertung des Pfandes. Vgl. die ähnliche Vorschrift in § 930 Abs 3 ZPO. Das Recht ist dem Pfandgläubiger nur zu seinem Besten gegeben und an die Voraussetzung geknüpft, daß seine Sicherheit gefährdet ist. Für die Frage, ob eine Gefährdung der Sicherheit des Pfandgläubigers vorliegt, vgl. § 237 Satz 1. Ist das Pfandrecht an mehreren Sachen von ein und demselben Verpfänder bestellt (§ 1222), so ist eine Sicherheitsgefährdung im Sinne des § 1219 nicht gegeben, wenn der Gesamtwert aller Sachen noch genügende Sicherheit bietet. Dagegen sind die außer dem Pfandrechte für die Forderung etwa bestehenden Sicherheiten (Bürgschaften, andere Pfandrechte, Hypotheken) nicht zu berücksichtigen. — Die dem Pfandgläubiger obliegende Erhaltungspflicht kann ihn aber auch nötigen, mit dem Pfandschuldner in Verbindung zu treten, damit vom Kursverlust bedrohte Effekten veräußert und durch andere ersetzt werden (**RG** LZ 1927, 1339).

2. Öffentliche Versteigerung (vgl. § 383 Abs 3). Über die weiteren Voraussetzungen vgl. § 1220, über die Fälle des Verkaufs aus freier Hand § 1221, über den Schutz des guten Glaubens § 1244. Der Pfandgläubiger darf mitbieten.

3. Erlös tritt an Stelle des Pfandes nicht nur in Ansehung des Pfandrechts, sondern in Ansehung aller Rechtsverhältnisse, die hinsichtlich des versteigerten Pfandes bestanden. Hier gilt die Rechtsregel des dinglichen Ersatzes (der Surrogation); vgl. **RG** 94, 24. Der Pfandgläubiger hat also nicht wie der Hypothekengläubiger ein Recht auf vorzeitige Befriedigung. Wegen weitergehender Rechte bei Beeinträchtigung des Pfandrechts vgl. § 1227.

4. Die Hinterlegung des Erlöses (vgl. § 1217 A 5), erfolgt im Gegensatze zu dem Falle des § 1217 auf Kosten des Verpfänders, nicht auf Kosten des Pfandgläubigers. Der Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, kann sie nicht verlangen.

5. Ob bei der **Sicherungsübereignung** der Sicherungsnehmer die Rechte des Abs 1 hat, richtet sich nach dem Vertrage. Im Zweifel wird es anzunehmen sein.

§ 1220

Die Versteigerung des Pfandes ist erst zulässig, nachdem sie dem Verpfänder angedroht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn das Pfand dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist [1] [4]. Im Falle der Wertminderung ist außer der Androhung erforderlich, daß der Pfandgläubiger dem Verpfänder zur Leistung anderweitiger Sicherheit eine angemessene Frist bestimmt hat und diese verstrichen ist [2].

Der Pfandgläubiger hat den Verpfänder von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet [3].

Die Androhung, die Fristbestimmung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind [4].

E I 1157 II 1128; M 3 812; P 3 457—459.

1. Die Androhung der Versteigerung (vgl. § 384) ist einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 130). Bei Unterlassung der Androhung ohne rechtfertigenden Grund ist ebenso wie beim Fehlen einer sonstigen Voraussetzung für die Versteigerung nicht nur der Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig, sondern es ist auch die Versteigerung selbst und die sich daranschließende Übertragung des Eigentums an dem Pfande unwirksam, vorbehaltlich der Rechte aus gutgläubigem Erwerbe.

2. Die Bestimmung einer Frist zur Ablösung durch anderweitige Sicherheit ist nur vorgeschrieben für den Fall der Wertminderung, nicht für den des Verderbs. Der Verpfänder kann aber auch im letzteren Falle jederzeit auf Grund des § 1218 durch Stellung anderweitiger dort zugelassener Sicherheit die Versteigerung hintanhalten. Eine dem zuwider vorgenommene Versteigerung wäre unzulässig.

3. Benachrichtigung von der Versteigerung, d. h. von der bevorstehenden Versteigerung. Zeit und Ort sind mitzuteilen (vgl. § 373 Abs 5 HGB). Der Verpfänder soll mitbieten oder mitbieten lassen können. Die Wirksamkeit der Versteigerung wird durch das Unterbleiben der Benachrichtigung nicht beeinflußt. Ein Anspruch des Verpfänders auf Schadensersatz ist möglich. Eine nachträgliche Benachrichtigung von dem Pfandverkauf und seinem Ergebnis ordnet § 1241 an. Diese Vorschrift gilt auch für die Fälle des vorzeitigen Pfandverkaufs nach §§ 1219, 1220, 1221.

4. Untunlichkeit der Androhung, Fristbestimmung und Benachrichtigung sind zu behaupten und zu beweisen vom Pfandgläubiger, ebenso die Gefahr des Aufschubs im Sinne des Abs 1 Satz 1.

§ 1221

[1] Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis [2], so kann der Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler [3] oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person [4] zum laufenden Preise [2] bewirken.

P 6 166.

1. Verkauf aus freier Hand (vgl. § 385) ist zulässig statt der Versteigerung, die Vorschriften des § 1220 gelten deshalb auch hier. Bei dem Verkauf kann der Pfandgläubiger die Sache erwerben.

2. Ein Börsen- oder Marktpreis ist dann vorhanden, wenn Sachen von der Art des Pfandes an der Börse oder auf dem Markte so häufig verkauft werden, daß sich Durchschnittspreise bilden (ROHG 9, 129). Dieser Durchschnittspreis am Verkaufstag ist der laufende Preis. In Betracht zu ziehen ist dabei diejenige Börse oder derjenige Markt, der nach den Verkehrsverhältnissen als Börse oder Markt des Verwahrungsorts zu gelten hat. Dort wird auch der Verkauf stattzufinden haben. Damit soll nicht gesagt sein, daß für jeden Verwahrungsort nur eine Börse und nur ein Markt in Frage kommen könnte. Vielmehr kann der Markt- und Börsenort je nach der Art der zu verkaufenden Sache verschieden sein.

3. Ob ein **Handelsmäkler** (HGB § 93) zu Verkäufen solcher Art öffentlich ermächtigt ist, be-

stimmt sich nach Landesrecht. Die Kursmäkler (§ 30 BörsG) haben die Ermächtigung auf Grund des § 34 BörsG.

4. **Zu öffentlichen Versteigerungen befugte Personen,** nach Reichsrecht die Gerichtsvollzieher (§ 383 Abs 3), im übrigen nach Landesrecht zu beurteilen.

§ 1222

Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen [1]), so haftet jede für die ganze Forderung [2]).

E I 1150 II 1129; M 3 805; P 3 449.

1. **Pfandrecht an mehreren Sachen.** Die Gesetzesvorschrift umfaßt nicht nur den Fall, daß ein und derselbe Verpfänder durch ein und denselben Pfandvertrag mehrere Sachen für ein und dieselbe Forderung verpfändet hat oder daß durch Trennung von Bestandteilen der einheitlichen Pfandsache (Früchte) daraus mehrere Sachen geworden sind; wenn sie auch nach ihrer Entstehungsgeschichte zunächst nur für diese Fälle bestimmt gewesen zu sein scheint. Sie erstreckt sich vielmehr, wie der Zusammenhang des Gesetzes ersehen läßt, auf alle Fälle, in denen für ein und dieselbe ungeteilte Forderung eine Mehrzahl von Sachen zu Pfand gegeben ist, ohne Rücksicht darauf, ob dies zu gleicher Zeit oder zu verschiedenen Zeiten, ob es von einem und demselben Verpfänder oder von verschiedenen Verpfändern geschehen ist und ohne Rücksicht darauf, ob die verschiedenen Verpfänder von allen Verpfändungen Kenntnis haben. Voraussetzung ist lediglich, daß die Pfandrechte für dieselbe Forderung bestehen. Letzteres ist dann nicht der Fall, wenn eine Sache für die Hauptforderung, eine andere lediglich für die Zinsen und Kosten zu Pfand gegeben ist. Hier handelt es sich im Sinne des § 1222 nicht um das Pfandrecht an mehreren Sachen, sondern um mehrere Pfandrechte.

2. **Haftung jeder Sache für die ganze Forderung.** Eine Verteilung der Haftung auf die mehreren Pfandsachen findet nicht statt. Sie tritt weder von Gesetzes wegen ein, noch kann sie von den Verpfändern erzwungen oder vom Pfandgläubiger einseitig vorgenommen werden, wie es bei der Gesamthypothek nach § 1132 Abs 2 zugelassen ist (**RG** 23. 3. 12 V 468/11). Eigenartig liegt der Fall dann, wenn zur Sicherung von der Höhe nach schwankender oder unbestimmter Forderungen Pfand in Geld bestellt ist und nach Abwicklung der Geschäftsverbindung nur eine Forderung streitig bleibt, die einschließlich aller noch möglichen Nebenforderungen für Zinsen, Kosten usw. niedriger ist als das Geldpfand. Hier wird nach § 242 dem Anspruch des Verpfänders auf Herausgabe des Überschusses stattzugeben sein. Wegen des Rechtes des Pfandgläubigers zur Wahl unter den Pfändern beim Verkauf vgl. § 1230.

Trotz des § 1222 können mehrere verpfändete Sachen in verschiedenem Umfang haften (§ 1210 Abs 1 Satz 2).

§ 1223

Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, das Pfand nach dem Erlöschen des Pfandrechts dem Verpfänder zurückzugeben [1]) [2]).

Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist [3]) [4]) [4a]) [5]).

E I 1156, 1158, 1161 II 1130; M 3 811—813, 815; P 3 454—457, 459, 461.

1. **Die Verpflichtung zur Rückgabe des Pfandes nach Erlöschen des Pfandrechts** liegt dem Pfandgläubiger lediglich gegenüber dem Verpfänder ob. Dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner gegenüber, der nicht zugleich Verpfänder ist, erwächst aus § 1223 keine Rückgabeverpflichtung. Dem Eigentümer ist der Anspruch auf Rückgabe lediglich durch §§ 985ff. gegeben (**RG** 2. 3. 10 V 210/09; der persönliche Schuldner hat keinen Anspruch (**RG** 116, 266f.). Rückgabe ist Wiedereinräumung des Alleinbesitzes (vgl. § 1205 A 5); eine Übersendungspflicht besteht nicht; beruhte das Pfandrecht auf Mitbesitz des Pfandgläubigers, so ist dessen Aufgabe und Wiedereinsetzung des Verpfänders in den Alleinbesitz nötig; hatte der Pfandgläubiger den Mitverschluß, so hat er den Schlüssel herauszugeben. Ein Zurückbehaltungsrecht hat der Pfandgläubiger nur nach § 273, vgl. aber § 369 HGB. Hat der Pfandnehmer durch eigene zurechenbare Handlung das Pfand verloren, so daß er es dem Pfandgeber nicht zurückliefern kann, dann ist nicht etwa die gesicherte Forderung zur vollen Höhe erledigt, noch viel weniger eine zweite an sich nicht durch das Pfand gesicherte Forderung desselben Gläubigers, wegen der er aber das Pfand auf Grund kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts hätte zurückhalten können, es hängt vielmehr alles vom Wert des Pfandes gegenüber dem Betrage der Forderungen ab (**RG** 117, 57f.).

In entsprechender Anwendung des Abs 1 ist angenommen worden, daß bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen einer GmbH nach Befriedigung der gesicherten Forderung die über die

Geschäftsanteile etwa ausgefertigten und dem Gläubiger ausgehändigten Scheine zurückzugeben sind, und daß der bisherige Pfandgläubiger jeden Eingriff in die Rechte des Anteilseigners fortan unterlassen muß, keinesfalls aber noch einen Pfandverkauf vornehmen darf (RG 100, 274).

2. Das Erlöschen des Pfandrechts hat im Streitfalle der Verpfänder zu behaupten und zu beweisen (RG 15. 1. 06 VI 154/05). Hinsichtlich der Erlöschungsgründe vgl. §§ 1250 Abs 2, 1252, 1253, 1255, 1256. Dem Erlöschen steht gleich der Fall des § 1254.

3. Einlösungsrecht des Verpfänders. Die Fassung des Abs 2 erweckt den Anschein, als ob der Verpfänder nur dann, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, Zug um Zug Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung verlangen könnte, während der persönliche Schuldner, der selbst das Pfand bestellt hat, gehalten wäre, vor der Rückgabe des Pfandes zu bezahlen. Diese offenbar nicht im Willen des Gesetzes liegende unbillige Schlußfolgerung ist indessen abzulehnen. Auch der persönliche Schuldner kann als Verpfänder verlangen, daß ihm Zug um Zug gegen die Befriedigung das Pfand zurückgegeben wird (RG 90, 72; 92, 282; JW 1910, 391[10]; 1926, 2847[10]; 20. 3. 26 V 344/25). Dabei braucht der Verpfänder die gesicherten Forderungen in der Klage nicht zu beziffern, sich nicht unter Angabe ihres Betrages zur Zahlung bereit zu erklären (RG 92, 282; RG 9. 11. 20 VII 195/20). Es ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verpfänder trotz seiner Behauptung, nichts mehr schuldig zu sein, schlimmstenfalls doch bereit ist, die etwa gerichtlich festgestellte Schuld zu bezahlen (RG 140, 345). Will der Pfandeigentümer (§ 1223 Abs 2) den Pfandgläubiger durch Aufrechnung befriedigen, so braucht die zur Aufrechnung benutzte Forderung vorher noch nicht festgestellt zu sein (RG das.). Über das Befriedigungsrecht des Eigentümers vgl. § 1249. Eine entsprechende Anwendung von § 1223 Abs 2 auf den Eigentümer ist abgelehnt worden RG LZ 1926, 698[9]. Soweit dem Verpfänder und dem Eigentümer das Einlösungs- und das Befriedigungsrecht zusteht, kommt § 267 Abs 2 nicht zur Anwendung. — Das Einlösungsrecht des Verpfänders ist abtretbar, einzelne Nebenrechte können aber nicht selbständig abgetreten werden. Ist eine Grundschuld verpfändet, so kann, falls nicht § 399 eingreift, das Recht auf Rückübertragung der Grundschuld abgetreten werden, nicht aber das bloße Nebenrecht auf Rückgabe des Grundschuldbriefs, der so nicht selbständig den Gegenstand eines Pfandrechts bilden kann (RG DJZ 1929, 442).

4. Verhältnis des Abs 2 zu Abs 1. Vorheriges Erlöschen des Pfandrechts ist nur dann Voraussetzung für den Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes, wenn das Pfandrecht auf andere Weise erlischt als mittels Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder; z. B. wenn der persönliche Schuldner zahlt, der nicht der Verpfänder ist, oder in den Fällen der A 2. Der Verpfänder dagegen, welcher sich zur Befriedigung des Gläubigers bereit erklärt, kann die Verurteilung des Pfandgläubigers zur Herausgabe des Pfandes Zug um Zug gegen die Zahlung der Schuld verlangen (RG 92, 281). Das Zahlungserbieten gehört hier zum Klagegrund. Der Pfandgläubiger kann dagegen den persönlichen Schuldner, auch wenn dieser der Verpfänder ist, auf die Leistung verklagen, ohne die Rückgabe des Pfandes anzubieten. Aber es folgt in einem solchen Fall nicht aus Abs 1 eine Vorleistungspflicht des Schuldner-Verpfänders, er darf vielmehr nach Abs 2 verlangen, daß er nur gegen Rückgabe des Pfandes zu zahlen braucht. Bedenklich deshalb RG JW 1914, 76[8], richtig RG 26. 6. 06 II 548/05.

4a. Hat jemand eine **fremde Sache** verpfändet und kann ihm das Pfand nicht mehr zurückgegeben werden, so muß ihm der für ihn entstehende Schaden ersetzt werden. Dabei ist es zu beachten, wenn der Verpfänder an der Sache kein Eigentümer-, nur ein Besitzinteresse hatte (RG 116, 267). Wegen des Schadensersatzanspruchs vgl. auch RG 117, 57.

5. Entsprechende Anwendung des § 1223 auf die Sicherungsübereignung. Vgl. RG 92, 281; JW 1914, 76[8]; HRR 1934 Nr 1208. Auch der in A 4a erwähnte Gesichtspunkt des Besitzinteresses (RG 116, 267) ist entsprechend anwendbar. — Gegen eine entsprechende Anwendung des § 1223 Abs 2 RG LZ 1926, 698[9] in einem Falle, in welchem zulässigerweise ein Sicherungsnießbrauch bestellt war (RG 67, 378; 101, 5; 106, 109) und nach eingetretener Befriedigung des Gläubigers der vom Schuldner und Verpfänder verschiedene Eigentümer des Grundstücks den dem Besteller gegen den Nießbraucher zustehenden schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr des Nießbrauchs geltend machte.

§ 1224

Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

E I 1163 II 1131; M 3 816; P 3 462.

Recht des Verpfänders zur Aufrechnung und Hinterlegung. Der Verpfänder soll, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist (RG 25. 10. 19 V 190/19), das Recht haben, mit Forde-

rungen, die ihm gegen den Pfandgläubiger zustehen, nach §§ 387—396 aufzurechnen, wie wenn er selbst der persönliche Schuldner wäre, und er soll ebenso die Forderung unter denselben Voraussetzungen und in derselben Art durch Hinterlegung nach §§ 372—386 zur Tilgung bringen können, wie wenn er sie schulden würde (vgl. auch § 1142 Abs 2). Mit Gegenforderungen des persönlichen Schuldners gegen den Pfandgläubiger kann der Verpfänder nicht aufrechnen, sie bieten ihm aber nach § 1211 (770) Grund zu einer verzögerlichen Einrede gegen den Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande (**RG** Warn 1912 Nr 303).

§ 1225

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung [1]) [2]) [3]).

E I 1164 II 1132; M 3 816; P 3 462, 463.

1. **Übergang der Forderung auf den Verpfänder infolge der Befriedigung des Gläubigers durch ihn.** Vgl. die Anmerkungen zu § 774. Mit der Forderung geht aber im Falle des § 1225 auch das Pfandrecht über (vgl. §§ 401 Abs 1, 412, 1250). Das Anwendungsgebiet des § 1225 ist dahin abzugrenzen: Die Vorschrift steht nicht zur Seite dem Eigentümer eines Grundstücks, auf dem eine verpfändete Hypothek haftet (**RG** 7. 3. 03 V 35/03); befriedigt er den Pfandgläubiger, so bezahlt er keine fremde, sondern seine eigene Schuld (**RG** 8. 11. 05 V 139/05). Ist der den Pfandgläubiger befriedigende Verpfänder für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung auch nur zugleich als persönlicher Schuldner haftbar (z. B. als Gesellschafter für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung gegen seine Gesellschaft), so trifft § 1225 nicht zu; aus sonstigen Gründen (z. B. nach § 426 Abs 2) kann die Forderung natürlich übergehen (**RG** 91, 277). Anderseits hat § 1225 zwar nur den Fall im Auge, daß die Befriedigung des Gläubigers nicht aus dem Pfande erfolgt, aber auch wenn dieses zutrifft, geht die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung auf den Verpfänder über, der nicht — auch nicht zugleich — der persönliche Schuldner ist (vgl. §§ 1247, 1288 Abs 2); die Forderung des Pfandgläubigers gilt als von dem Gläubiger der verpfändeten und eingezogenen Forderung berichtigt, dadurch werden die Folgen des § 1225 — bei verpfändeten Rechten nach § 1273 Abs 2 — ausgelöst (**RG** 26. 11. 17 IV 308/17), dieser Teil der Entscheidung ist **RG** 91, 277 nicht mitabgedruckt, aber Recht 1918 Nr 244—246). Wird der Pfandgläubiger erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners befriedigt, so können konkursrechtliche Bestimmungen den Verpfänder hindern, die auf ihn übergegangene Forderung in dem Konkurse zu verfolgen (**RG** Warn 08 Nr 480; LZ 1917, 472[3]). Auf die ihm nach § 1225 zustehenden Rechte kann der Verpfänder schon bei der Verpfändung verzichten (**RG** 71, 329).

2. Die **entsprechende Anwendung des § 774** bedeutet zunächst, daß der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann und daß Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Verpfänder bestehenden Rechtsverhältnis unberührt bleiben. Befriedigt der Verpfänder den Gläubiger nur teilweise, so geht die Forderung auch nur zu diesem Teil auf ihn über. Der Gläubiger erleidet aber keinen Nachteil, wenn man annimmt, daß der Verpfänder, soweit er den Gläubiger befriedigt, auch ein dem Pfandrecht des Gläubigers im Range allerdings nachstehendes Pfandrecht erwirbt. Zu besonderen Zweifeln hat die entsprechende Anwendung des § 774 insofern gegeben, als sie auch **dessen Abs 2** umfassen soll. Das **RG** (83, 392; 85, 364) hat die einschlagenden Fragen nur gestreift, noch nicht entschieden, sie sind wesentlich geklärt durch Strohal (JheringsJ 61, 59ff.). — Wie bereits in A 5 zu § 774 hervorgehoben, schränkt Abs 2 dieser Vorschrift die Folgen ein, die sich aus Abs 1 ergeben würden, und läßt Mitbürgen einander nur nach § 426 haften. Damit ist nach dessen Abs 2 Satz 1 gesagt, daß trotz §§ 401, 412 die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf den zahlenden Mitbürgen nur insoweit übergeht, als er von den übrigen Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann. Auf mehrere Drittverpfänder angewendet, ergibt das den Satz: Befriedigt ein Drittverpfänder den Pfandgläubiger, so geht das Pfandrecht an den von andern Drittverpfändern verpfändeten Sachen auf den zahlenden Drittverpfänder nur insoweit über, als er von den andern Drittverpfändern Ausgleichung verlangen kann. Darüber, ob ein solcher Ausgleichsanspruch besteht, sagt weder § 1225 noch § 774 etwas. Denn nicht aus § 774, sondern aus § 769 folgt die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Mitbürgen. Sie führt nach § 426 Abs 1 Satz 1 zu einer Haftung nach Kopfteilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Dergleichen Vorschriften sind für mehrere Drittverpfänder nicht gegeben. Sie übernehmen eine Schuldverbindlichkeit überhaupt nicht. Eine Ausgleichspflicht kann bei ihnen nur auf der Grundlage besonderer Abreden entstehen. — Ebenso geregelt ist der entsprechende Fall im Hypothekenrecht nach § 1143. Dort wird zwar nur auf § 774 Abs 1 verwiesen, dafür aber § 1173 herangezogen. Das ergibt folgenden Rechtssatz: Besteht für eine Forderung eine Gesamthypothek und befriedigt der Eigentümer eines der be-

lasteten Grundstücke, der nicht der persönliche Schuldner ist, den Gläubiger, so geht die Hypothek an dem Grundstück jedes der andern Eigentümer auf ihn über, soweit er von ihm oder seinem Rechtsvorgänger — der Ersatzanspruch ihm gegenüber ist auch in den Fällen des § 1225 für genügend anzusehen — Ersatz verlangen darf. Darüber, ob er das kann, sagt auch hier das Gesetz nichts. Auch hier können nur besondere Abreden einen Ersatzanspruch begründen. — Bei dieser völlig gleichlaufenden Regelung hat es keine Bedenken, einen Drittverpfänder und den nicht persönlich haftenden Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks in der Frage des Übergangs des Pfandrechts oder der Hypothek rechtlich ebenso zu behandeln wie zwei Drittverpfänder oder wie zwei Eigentümer von Grundstücken, die mit einer Gesamthypothek belastet sind.

3. Für das **Verhältnis des Drittverpfänders zu einem Bürgen** der pfandgesicherten Forderung sind besondere Vorschriften nicht gegeben. Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht also die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner nach § 774 Abs 1 auf ihn über und nach §§ 401, 412 ist dasselbe mit den Nebenrechten der Fall, also auch mit dem Pfandrecht an der Sache des Drittverpfänders. § 1225 scheint den Schluß zu rechtfertigen, daß umgekehrt auch ein Drittverpfänder, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung mit den Nebenrechten erwirbt, also auch mit dem Anspruch aus der Bürgschaft. Das würde darauf hinauslaufen, daß derjenige das bessere Recht hat, der zuerst den Gläubiger befriedigt. Hier greift indessen § 776 ein. Er zeigt, daß dem Bürgen der Rückgriff auf ein für die Hauptforderung bestelltes Pfand unter allen Umständen erhalten bleiben soll. Wird ihm diese Möglichkeit genommen, sei es, daß der Gläubiger das Pfandrecht aufgibt — diesen Fall behandelt § 776 ausdrücklich —, sei es, daß der Gläubiger von dem Eigentümer der Pfandsache befriedigt wird oder daß er sich selbst aus dem Pfande befriedigt — diese Fälle sind dem im § 776 behandelten sinngemäß gleichzustellen, weil auch auf diese Weise der Bürge seiner Rückgriffsmöglichkeit beraubt wird —, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem Pfandrecht nach § 774 hätte Ersatz verlangen können. Der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen erlischt also in Höhe des Wertes des Pfandes und er kann deshalb insoweit nicht mehr auf den Drittverpfänder übergehen. Das bessere Recht hat demnach der Bürge. Er hat es auch gegenüber dem Eigentümer eines mit einer Hypothek für die Forderung belasteten Grundstücks, denn dieser steht als solcher nach dem Gesagten und auch nach § 776 einem Drittverpfänder gleich. Bei abweichender Begründung im Ergebnis übereinstimmend Braun-Melchior (ArchZivPr 1930, 207): bei einem Nebeneinander von persönlicher und dinglicher Sicherung steht dem persönlich haftenden Sicherer der volle Rückgriff auf die dingliche Sicherung zu, während umgekehrt kein Rückgriffsrecht gegeben ist. — Von dem besseren Recht des Bürgen gegenüber dem Drittverpfänder geht — unausgesprochen — übrigens auch **RG** 75, 271 aus. Die Entscheidung betrifft zwar keinen Fall, in welchem ein Bürge neben einem Drittverpfänder steht, die ganz allgemeingehaltenen Sätze auf S. 273 rechtfertigen aber den oben wiedergegebenen Eindruck. Wesentliche Bedeutung für die Streitfrage hat das Urteil allerdings nicht, auf seine Begründung ist deshalb nicht näher einzugehen. Auf den hier vertretenen Standpunkt hat sich OLG Königsberg (SeuffA 76 Nr 85) gestellt. Wenn dort auch hervorgehoben wird, daß der Verpfänder, der mehr zahlt, als die Pfandsache wert ist, sich wegen Mehrbetrags, aber auch nur wegen dieses, an den Bürgen halten kann, so kann dem nicht beigetreten werden, wie noch in der früheren Auflage geschehen. Der Verpfänder braucht überhaupt nicht zu zahlen und, wenn der Gläubiger sich aus dem Pfande befriedigt, hat er kein Rückgriffsrecht gegen den Bürgen. Ein solches kann ihm auch dadurch nicht erwachsen, daß er freiwillig mehr zahlt, als dem Werte des Pfandes entspricht.

§ 1226

Die Ersatzansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen oder Verschlechterungen des Pfandes sowie die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des § 558 Abs 2, 3 finden entsprechende Anwendung [1]).

E II 1133; P 3 460.

1. Nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des Mietrechts beginnt die **Verjährung der Ersatzansprüche** des Verpfänders wegen Veränderungen und Verschlechterungen des Pfandes (§ 1215) mit der Rückgabe des Pfandes. Wird das Pfand nicht zurückgegeben, so verjähren die Ersatzansprüche gleichzeitig mit dem Anspruch auf Rückgabe des Pfandes. Die Verjährung der Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung (§ 1216) beginnt mit der Beendigung des durch die Verpfändung zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger begründeten Rechtsverhältnisses. — Auf die Ansprüche des Eigentümers, der nicht Verpfänder ist, sind die Vorschriften des § 1226 nicht anwendbar.

§ 1227

Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung [1] [2].

E I 1155 II 1134 M 3 809, 810; P 3 454.

1. Rechtsschutz für das Pfandrecht.
Abgesehen von den Rechtsbehelfen, die dem Pfandgläubiger als Besitzer der Sache zustehen (§§ 858 ff., 1007, vgl. **RG** 57, 325), und den Rechten, die ihm aus dem Pfandvertrag erwachsen, sind dem Pfandgläubiger zum Schutze seines Pfandrechts als dinglichen Rechtes für den Fall seiner Beeinträchtigung vom Gesetze die gleichen Ansprüche eingeräumt wie dem Eigentümer zum Schutze des Eigentums. Beeinträchtigung setzt ein Tun voraus, bloßes Unterlassen von Handlungen, zu denen keine Rechtspflicht besteht, genügt nicht. In solchen Fällen hat der Pfandgläubiger nur die Rechte aus §§ 1219 ff. Trifft aber § 1227 zu, so hat er bei Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes der Pfandsache auf Grund seines Pfandrechts gegen den Besitzer den Anspruch auf Herausgabe nach den §§ 985—997, 999—1003, einschließlich der Schadensersatzansprüche aus den §§ 989—992; bei sonstigen Beeinträchtigungen gegen den Störer den Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung (§ 1004); der Pfandgläubiger hat ebenso wie der Eigentümer der Sache das Recht, von dem Besitzer des fremden Grundstücks, auf das die Pfandsache geraten ist, zu verlangen, daß er ihm das Aufsuchen und Wegschaffen gestattet (§§ 1005, 867), hat im Besitze der Pfandsache (selbst dem Eigentümer gegenüber) die Vermutung des Pfandrechts für sich (§ 1006). Bei gemeinschaftlichem Pfandrechte stehen jedem der Pfandgläubiger die Ansprüche aus dem Pfandrechte Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Pfandsache nach § 1011 zu. Die Ansprüche auf Herausgabe und Ersatz von Nutzungen der Pfandsache (§§ 987, 988, 990, 991, 993) stehen dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als er selbst berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen (§ 1213), jedoch müssen ihm die Erzeugnisse, auf die sich sein Pfandrecht erstreckt (§ 1212), jedenfalls herausgegeben werden.

2. Entsprechende Anwendung. Die Vorschrift ist unmittelbar nur für das Pfandrecht an beweglichen Sachen gegeben. Auf das Pfandrecht an einem Recht ist sie höchstens dann entsprechend anwendbar, wenn der Pfandgläubiger in den Besitz eines körperlichen Gegenstandes, z. B. einer Urkunde, gelangt ist (**RG** 14. 5. 18 VII 51/18). Wird ein Gut heruntergewirtschaftet, so kann derjenige, welchem eine auf dem Gut lastende Hypothek verpfändet ist, nicht nach § 1227 vorgehen, nur nach §§ 1219 ff.

§ 1228

Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf [1].

Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist [2] [3] [4].

E I 1165 II 1135; M 3 817—819; P 3 463.

1. Befriedigung des Pfandgläubigers durch Pfandverkauf. Das Recht des Pfandgläubigers, sich durch den Verkauf der Sache zu befriedigen, ist Hauptgegenstand des Pfandrechts, seine Ausübung dessen natürliche Verwirklichung. Aber auch nur zu seiner Befriedigung darf der Pfandgläubiger das Pfand verkaufen, also nicht mehr, wenn die Schuld, sei es auch verspätet, getilgt worden ist (**RG** 100, 277). Der Verkauf der Pfandsache ist nur Recht, nicht Pflicht des Pfandgläubigers (**RG** 23. 6. 14 II 167/14). Nach ZPO § 777 muß sich indessen der Gläubiger, wenn er für seine vollstreckungsreife Forderung ein Pfandrecht an einer Sache des Schuldners (nicht also auch eines Dritten) hat, den Widerspruch des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen gefallen lassen, soweit der Wert des Pfandes die Forderung deckt (beneficium excussionis realis). Ferner kann im Konkursverfahren über das Vermögen des Eigentümers der Pfandsache der Konkursverwalter den Pfandgläubiger nach KO § 127 zur Ausübung seines Verkaufsrechts anhalten und unter gewissen Voraussetzungen den Pfandverkauf selbst betreiben. Ein Bürge kann nach § 772 Abs 2 verlangen, daß der Gläubiger, dem an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners ein Pfand- (oder ein Zurückbehaltungs-) Recht zusteht, zunächst aus dieser Sache Befriedigung sucht. Vgl. ferner wegen der Verpflichtung zum Pfandverkauf § 1218 A 1. Gänzlicher Ausschluß des Verkaufsrechts durch Vereinbarung ist nicht zulässig (vgl. § 1204 A 9). Gegebenenfalls greift § 139 ein. Ist Geld verpfändet, so bedarf es des Verkaufs nicht da er ja nichts Weiteres ist als die Umwandlung der Sache in Geld. Der Pfandgläubiger kann sich also aus dem Gelde unmittelbar befriedigen, d. h. sich das Geld aneignen. Pfandgläubiger im

Sinne des § 1228 ist auch der nachstehende Pfandgläubiger, auch er darf den Verkauf vornehmen, wenn er dazu in der Lage ist (RG 87, 325; 97, 42). Wenn dem Buchbinder die ihm zum Einbinden übergebenen Bücher als solche vertragsmäßig verpfändet sind, so darf er nach Eintritt der Verkaufsbefugnis die Bücher auch als solche, nicht nur als bedrucktes Papier (Makulatur) verkaufen, denn die Verbreitungsbefugnis nach § 11 LitUG verb. mit § 1 VerlG ist ihm stillschweigend mitübertragen. Das gleiche wird auch anzunehmen sein, wenn die Bücher schlechthin verpfändet sind, nicht aber, wenn der Buchbinder nach § 647 ein gesetzliches Pfandrecht an den Büchern erlangt hat. Übergeben werden in solchem Fall nur die Bücher, nicht das Verbreitungsrecht. Die Bücher sind nicht dessen Träger. Seine Verpfändung ist nur aus dem Vertragswillen herzuleiten. Ein Pfandvertrag wird aber bei Abschluß des Werkvertrags nicht abgeschlossen, sonst wäre das Pfandrecht ja auch kein gesetzliches (vgl. SeuffA 69 Nr 122 und Allfeld in LZ 1915, 476 ff.). Über die Zulässigkeit der Befriedigung aus dem Pfande im Wege der Zwangsvollstreckung vgl. § 1233 Abs 2 und A 2, über die Unzulässigkeit der Pfandverfallabrede § 1229.

2. Voraussetzung des Verkaufsrechts oder, allgemeiner ausgedrückt, des Rechtes, Befriedigung aus dem Pfande zu suchen, ist bei Geldforderungen lediglich die Fälligkeit der Forderung. Damit ist die sog. Pfandreife eingetreten (RG 98, 72). Unstreitigkeit, insbesondere Feststehen des Betrags (Liquidität), ist nicht erforderlich, auch nicht, daß der Schuldner im Verzug ist oder der Gläubiger einen Vollstreckungstitel besitzt, weder einen für seine Forderung, noch einen für sein Recht auf Befriedigung aus dem Pfande (vgl. § 1233 Abs 2, 1277, auch § 371 Abs 3 HGB). Es genügt, daß ein Teil der Forderung fällig ist, z. B. Zinsen. Den Beteiligten steht indessen frei, zu vereinbaren, daß der Pfandverkauf erst nach Mahnung des Schuldners oder erst dann zulässig sein soll, wenn der Schuldner (z. B. für Zinsen) längere Zeit im Rückstande ist. Der Verpfänder, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, kann nach dem Gesetze nicht verlangen, daß vor dem Pfandverkaufe die Beitreibung vom Schuldner versucht wird. Vereinbart kann auch dieses werden; vgl. auch ZPO § 777. Die erwähnten Vereinbarungen können aber nur mit schuldrechtlicher Wirkung getroffen werden, da vertragliche Abänderungen mit dinglicher Wirkung hier nicht zugelassen sind, wie das ausnahmsweise im § 1245 geschehen ist (vgl. A 1 das.). Abreden, welche die Voraussetzungen des Pfandverkaufs ermäßigen, sind überhaupt unzulässig. Ist die Forderung, für die das Pfandrecht besteht, keine Geldforderung, so gilt für die Zulässigkeit des Pfandverkaufs das weitere Erfordernis, daß sie in eine Geldforderung übergegangen sein muß. Wegen des Pfändungspfandrechts vgl. insoweit § 1210 A 2 a. E. Hat nach dem bestehenden Schuldverhältnisse der Pfandgläubiger die Wahl, Geld oder eine andere Leistung zu verlangen, oder ist vereinbart, daß der Schuldner im Falle der Nichterfüllung der ursprünglichen Schuldverbindlichkeit eine Geldsumme zu zahlen hat, so kann der Pfandgläubiger bei Fälligkeit der Forderung ohne weiteres das Verkaufsrecht ausüben. In den Fällen der §§ 280, 283, 286 hat er abzuwarten, bis sich die Forderung in eine Schadensersatz-Geldforderung umwandelt. Der Anspruch eines Bürgen auf Befreiung von der Bürgschaft verwandelt sich in einen Geldzahlungsanspruch, sobald der Bürge bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners belangt wird. Der Bürge darf dann aus einem ihm vom Hauptschuldner gestellten Pfande Befriedigung suchen (RG 78, 34).

3. Wegen entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Art und Weise des Pfandverkaufs auf die Verwertung einer zur Sicherheit übereigneten Sache vgl. A 6 Abs 4 zu § 930.

4. Sonderrecht. Nach § 8 der Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Ernte und der landwirtschaftlichen Entschuldung im Osthilfegebiet vom 17. 12. 31 (RGBl I 675) macht die Eröffnung des Sicherungsverfahrens die Verwertung verpfändeter oder zur Sicherung übereigneter Gegenstände und die Verfügung über verpfändete oder zur Sicherung abgetretene Forderungen unzulässig. Vgl. dazu die §§ 14, 15 der Durchführungsverordnung vom 5. 12. 31 (RGBl I 691). — Die Pfandreife ist hinausgeschoben durch das Gesetz zur Sicherung von Gräserkrediten vom 28. 3. 1934 (RGBl I, 254). Der Gläubiger eines Gräserkredites hat ein gesetzliches Pfandrecht an dem aus dem Kredit beschafften Weidevieh; er darf es aber erst geltend machen, wenn das Vieh nach der Verkehrsauffassung verkaufsreif wird.

§ 1229

[1]) **Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig** [2]).

E I 1167 II 1136; M 3 820, 821; P 3 467.

1. Das Verbot des Verfallvertrags wendet sich gegen die Bedingung der Nichtzahlung, sie ist es, welche die eigentümliche Gefahr des Verfallvertrags schafft. Nicht unter das Verbot fällt deshalb ein Vertrag, bei dem es dem Gläubiger freistehen soll, auch bei rechtzeitigem Zahlungsangebot das Pfand zu erwerben (RG 92, 105; 130, 229; Warn 1926 Nr 153). Das Verbot erfaßt aber eine Vereinbarung, bei welcher der Pfandgläubiger bei Eintritt der Verkaufsberechtigung

befugt sein soll, das Pfand zum laufenden Markt- oder Börsenpreise zu behalten (M 3, 821), dagegen wiederum nicht den Fall, daß dem Pfandgläubiger durch Vereinbarung die Befugnis eingeräumt wird, das Pfand aus freier Hand zu verkaufen (RG Gruch 48, 409). Ist die Verkaufsberechtigung eingetreten, weil ein Teil der Forderung fällig ist, so kann der Verfall der ganzen Sache vereinbart werden. Auf die ernsthaft gemeinte Sicherheitsübereignung und auf den Eigentumsvorbehalt für den Kaufpreis kann § 1229 nicht angewendet werden, vgl. A 6 Abs 4 zu § 930. Nach Eintritt der Verkaufsberechtigung sind Vereinbarungen über den Verfall des Pfandes durch § 1229 nicht mehr verboten (RG 1. 4. 16 V 30/16), sie können aber nach § 138 nichtig sein.

2. **Folgen der Nichtigkeit.** Die Nichtigkeit der Nebenabrede über den Verfall des Pfandes macht in der Regel nicht den ganzen Pfandvertrag nichtig. Durch die Klausel allein wird der Vertrag auch nicht wucherisch (RG JW 09, 719[6]). Für diese Frage ist nur maßgebend, was in an sich rechtsgültiger und erzwingbarer Weise an Vermögensvorteilen gewährt worden ist. Deshalb kommt § 139 nicht ohne Weiteres in Anwendung, wohl aber, wenn festgestellt wird, daß die Verfallklausel für den dadurch begünstigten Pfandgläubiger noch von besonderer Bedeutung gewesen ist (RG SeuffA 65 Nr 62).

§ 1230

Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen [1]. Er kann nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind [2] [3].

E I 1176 II 1137; M 3 828; P 3 479.

1. **Das Auswahlrecht des Pfandgläubigers bei mehreren Pfändern** entspricht der im § 1222 über die Haftung der mehreren Pfänder gegebenen Bestimmung. Es ist vom Gesetze nach keiner Richtung beschränkt, auch dann nicht, wenn die Ausübung seines Rechtes dem Gegner zum Schaden gereicht, vorbehaltlich natürlich des Verbots der Schikane im § 226 (RG 98, 73). Der Pfandgläubiger kann also nach seinem Belieben auswählen. Abweichende Vereinbarungen binden den Pfandgläubiger persönlich, haben aber keine dingliche Wirkung; der ihnen zuwider vorgenommene Pfandverkauf ist rechtmäßig und gültig, macht aber den Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig (§ 1243).

2. Die **Beschränkung des Verkaufsrechts auf den Bedarf für die Befriedigung** ist dinglicher Art, ihr zuwider vorgenommener Verkauf führt nicht nur zu Schadensersatzansprüchen, sondern ist unrechtmäßig, § 1243 (RG 118, 252). Nicht unbedenklich deshalb RG 21. 3. 53 I 125/22, wo ein Verschulden des Pfandgläubigers anerkannt, aber auf das größere Verschulden des andern Teils Gewicht gelegt wird. Durch Vereinbarung kann aber dem Pfandgläubiger eine weitergehende Befugnis eingeräumt werden (RG JW 08, 142[13]), denn die Vorschrift ist, wie sich aus der Begründung (III, 829) ergibt, nicht zwingenden Rechtes. Dahingehender Wille der Beteiligten kann auch aus den Umständen wie aus der Art des Pfandgegenstandes (z. B. Verpfändung von einem Paar Schuhe) entnommen werden. Das Verbot übermäßigen Verkaufs hat auch bei Verpfändung von Sachmengen: Faß Wein, Haufen Getreide, Anwendung zu finden. Ein dabei nach den Umständen gebotener oder unvermeidlicher Überverkauf verstößt nicht gegen § 1230.

3. Nach dem **Pächterkreditgesetz** steht das Inventarpfandrecht des Kreditinstituts dem gesetzlichen Pfandrecht des Verpächters im Range gleich. Nach § 11 aaO. haben die beiden Pfandgläubiger bei einer Verwertung von Inventarstücken sich auf Verlangen gegenseitig die Hälfte des Erlöses zur Befriedigung oder zur Sicherstellung für die pfandgesicherten Forderungen zu überlassen. Daneben gilt aber § 1230 weiter. Wie die Pfandgläubiger die hiernach entstehenden Schwierigkeiten überwinden, teilt Lippmann JW 1932, 1033ff. mit.

§ 1231

[1]) Ist der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitze [2]) des Pfandes, so kann er nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs fordern [3]). Auf Verlangen des Verpfänders hat an Stelle der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer zu erfolgen, der Verwahrer hat sich bei der Ablieferung zu verpflichten, das Pfand zum Verkaufe bereitzustellen [4]).

E II 1138; P 3 463.

1. **Anspruch auf Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs.** Es handelt sich um den Anspruch gegen den mitbesitzenden Verpfänder oder denjenigen, an welchen er seinen Mitbesitz übertragen hat. Inwiefern der Pfandgläubiger von andern Dritten, die sich im Alleinbesitz

oder Mitbesitz befinden, Herausgabe verlangen kann, ergibt sich nicht aus § 1231, sondern je nach der Rechtsstellung, die diese Dritten gegenüber dem Pfandgläubiger haben, nach den für diese Rechtsstellung geltenden besonderen Vorschriften.

2. Nicht im Alleinbesitz. Den Gegensatz von Alleinbesitz bildet der Mitbesitz. Darin, daß beim unmittelbaren Besitze des Pfandgläubigers der Verpfänder ebenfalls Besitzer, nämlich mittelbarer Besitzer ist (§ 868), liegt kein Mitbesitzverhältnis. Jeder von beiden ist Alleinbesitzer im Sinne des § 1231. Auch wenn der Pfandgläubiger auf dem Wege des § 1205 Abs 2 mittelbarer Besitzer geworden ist, ist er Alleinbesitzer im Sinne des § 1231. Sein Anspruch auf Herausgabe gegen den dritten unmittelbaren Besitzer ist der ihm nach § 870 abgetretene, und es ist seine Sache, diesen geltend zu machen, um die Pfandsache in die Hand zu bekommen, wenn ihm nicht § 986 Abs 2 entgegensteht.

3. Herausgabe, d. h. Einräumung des Alleinbesitzes, woraus sich auch die Notwendigkeit der Aufhebung des Mitverschlusses des Verpfänders (§ 1206) ergibt. Ist das Pfandrecht durch Übertragung des mittelbaren Mitbesitzes auf den Pfandgläubiger in der Art bestellt worden, daß der Drittbesitzer verpflichtet worden ist, nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich herauszugeben, so geht der Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe nach § 1231 dahin, daß ihm der mittelbare Alleinbesitz übertragen und der Drittbesitzer ermächtigt wird, das Pfand an ihn allein zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben. — Wird die Herausgabe der Sache im Wege der Zwangsvollstreckung betrieben, damit später das Pfand wegen einer Geldforderung veräußert werden kann, so liegt eine „Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung" vor im Sinne von § 19 des 3. Teils der 4. Notverordnung vom 8. 12. 31 (RGBl I S. 699) und des § 11 der Verordnung des Reichspräsidenten über landwirtschaftliches Vermittlungsverfahren, Vollstreckungsschutz und Pächterschutz vom 27. 9. 32 (RGBl I S. 473). Wollte man das nicht annehmen, so wäre der dort verordnete Vollstreckungsschutz vielfach gegenstandslos, namentlich auch für landwirtschaftliche Pächter (Abs 3 aaO.), welche nach dem **Pächterkreditgesetz** Darlehen aufgenommen haben.

4. Ablieferung an einen Verwahrer. Das Verlangen steht dem Verpfänder sowohl im Falle des unmittelbaren wie des mittelbaren Mitbesitzes zu, unbeschadet natürlich der Rechte des Dritten auf den Besitz. Der Verwahrer ist im Streitfalle vom Prozeßgerichte zu bestimmen. Er hat sich dem Pfandgläubiger gegenüber zu verpflichten, das Pfand zum Verkauf bereitzustellen. Verlangt der auf Herausgabe verklagte Verpfänder, nur zur Ablieferung an einen Verwahrer verurteilt zu werden, so muß der Pfandgläubiger seinen Antrag entsprechend ändern, widrigenfalls er abgewiesen wird (§§ 268 Nr 3, 308 Abs 1 ZPO). Der Verwahrer wird gegebenenfalls durch das Urteil bestimmt.

§ 1232

Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, einem ihm im Range nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben. Ist er nicht im Besitze des Pfandes, so kann er, sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen [1] [2] [3] [4].

E I 1166 II 1139; M 3 819, 820; P 3 466, 467.

1. Ordnung der Verkaufsberechtigung beim Zusammentreffen mehrerer im Range verschiedener Pfandrechte an der Sache. Die Vorschrift des § 1232 führt zu folgenden Ergebnissen: Der vorgehende Pfandgläubiger ist in der Ausübung seiner Verkaufsberechtigung durch den nachgehenden in keinem Falle gehindert. Ist er im Besitze des Pfandes, so kann er ohne weiteres zum Verkaufe schreiten, wenn die Zeit der Verkaufsberechtigung gekommen ist. Ist nicht er im Besitze des Pfandes, sondern der nachstehende Pfandgläubiger, so kann er von diesem auf Grund seines vorgehenden Pfandrechts die Herausgabe verlangen, um den Verkauf zu betreiben. Will er aber den Verkauf nicht selbst betreiben, oder kann er es nicht, weil seine Forderung noch nicht fällig ist, so kann er auch den nachgehenden Pfandgläubiger, der zum Verkaufe schreiten will, daran nicht hindern, muß ihm vielmehr den Besitz zu diesem Zwecke lassen (RG 87, 325; 97, 42). Der nachgehende Pfandgläubiger ist in ungünstigerer Lage. Ist er im Besitze, so kann er allerdings von seiner Verkaufsberechtigung Gebrauch machen, aber nur, wenn nicht der vorgehende Pfandgläubiger den Verkauf betreiben will. Ein Pfandverkauf durch den nachgehenden Gläubiger führt zwar zum Erlöschen auch des vorgehenden Pfandrechts an der Sache und setzt den Erlös an ihre Stelle als Sicherungs- und Befriedigungsmittel (§ 1247), beeinträchtigt aber nicht das vorgehende Pfandrecht als solches, entspricht vielmehr dem Wesen des Pfandrechts überhaupt (RG 87, 325f.). Will der vorgehende Pfandgläubiger den Verkauf betreiben oder ist er auch nur im Besitze der Pfandsache, so ist der nachgehende Pfandgläubiger am Gebrauche seiner Verkaufsberechtigung gehindert. Er kann sich zwar dem etwaigen Pfandverkaufe des vorgehenden an-

schließen, aber, wenn dieser zum Verkaufe nicht willens oder imstande ist, so hat er nicht das Recht die Herausgabe zu verlangen, um den Pfandverkauf zu betreiben. Es bleibt ihm nur die Möglichkeit der Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1249). Erwirbt er auf diese Art das vorgehende Pfandrecht, so kann er Herausgabe des Pfandes verlangen und den Pfandverkauf zugunsten beider Pfandrechte betreiben.

2. **Für mehrere im Range gleichstehende Pfandgläubiger,** die sich im gemeinschaftlichen Besitz der Pfandsache befinden, gelten die Regeln von der Gemeinschaft (§§ 741ff.). Ist nur einer von ihnen im Besitz, so können die anderen nicht mindere Rechte haben als der nachstehende Gläubiger nach § 1232. Darüber hinaus dürfen sie verlangen, an dem Verkauf des Pfandes mitzuwirken, soweit ihnen die Verkaufsberechtigung bereits zusteht.

3. Wegen der Klage auf vorzugsweise Befriedigung gegenüber einem **Pfändungspfandrecht** vgl. § 805 ZPO.

4. In das **Pächterkreditgesetz** ist eine dem § 1232 entsprechende Vorschrift aus den in A 5 zu § 1209 erörterten Gründen nicht aufgenommen worden, vgl. **RG** 143, 10f.

§ 1233

[1]) Der Verkauf des Pfandes ist nach den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 zu bewirken.

Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen[2]).

E I 1169 II 1140; M 3 822, 823; P 3 474—476.

1. **Verkaufsverfahren.** Vereinbarungen über ein von den §§ 1234—1240 abweichendes Verkaufsverfahren sind nach § 1245 zulässig, vgl. aber Abs 2 das. und für den Fall, daß das vereinbarte Verfahren nicht innegehalten worden ist, **RG** LZ 24, 200. In den §§ 1234—1240 ist nur das regelmäßige Verfahren bestimmt. Danach verkauft der Pfandgläubiger im eigenen Namen aber für Rechnung des Verpfänders. Für Sachmängel braucht er im Falle des § 461 nicht zu haften, für Rechtsmängel haftet er an sich, doch schützen ihn §§ 439, 1244. Besondere landesrechtliche Vorschriften können nach EG Art 94 über das Verkaufsverfahren der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten erlassen werden. Wegen der Sicherungsübereignung vgl. A 6 Abs 4 zu § 930. Darüber, ob der Sicherungsnehmer bei der Verwertung der Sache an die Vorschriften über den Pfandverkauf gebunden sein soll, entscheidet der Vertragswille (**RG** 59, 190; 76, 347; 83, 53; 95, 245; Warn 1932 Nr 86). Bei Kuxen ist es regelmäßig anzunehmen (**RG** 107, 336). Wenn aber für die Einlösung einer übereigneten Sache eine Frist und weiter bestimmt ist, daß der Sicherungsnehmer nach fruchtlosem Verstreichen der Frist frei über die Sache soll verfügen können, so ist er an die §§ 1220ff. nicht gebunden (**RG** Gruch 64, 482). — Eine Pfandveräußerung nach §§ 1223 Abs 1ff. ist nicht wegen § 5 des Kriegsteilnehmerschutzgesetzes v. 4. 8. 14 (RGBl 328) und wegen der späteren gleichartigen Bestimmungen unzulässig. Die Schutzvorschriften betreffen nur ein Zwangsvollstreckungsverfahren nach den Regeln der ZPO (**RG** 102, 378).

2. **Verkauf nach den Vorschriften über den Verkauf gepfändeter Sachen und Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung.** Ist der Eigentümer des Pfandes zugleich der persönliche Schuldner, und hat der Pfandgläubiger gegen ihn einen vollstreckbaren Titel auf Zahlung der Schuld, so kann er mit diesem Titel auch die Vollstreckung in das Pfand betreiben. Diese Vollstreckung ist jedoch gewöhnliche Zwangsvollstreckung, kommt als Pfandveräußerung im Sinne der §§ 1233ff. überhaupt nicht in Betracht, untersteht ausschließlich den Vorschriften der ZPO, setzt also insbesondere die nochmalige Pfändung der Sache und deren Zulässigkeit nach den Vorschriften der ZPO voraus und gründet sich nicht auf Abs 2. Deshalb ist es auch keine Geltendmachung des Vermieterpfandrechts, wenn wegen einer ausgeklagten Mietzinsforderung im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet wird. Das im Abs 2 zugelassene Verfahren hat ein beschränktes Gebiet. Es greift nur dann Platz, wenn, was selten sein wird, der Pfandgläubiger gegen den Eigentümer (nicht gegen den Verpfänder oder persönlichen Schuldner, wenn dieser nicht Eigentümer ist) ein vollstreckbares Urteil dahin erwirkt hat, daß dieser den Pfandverkauf dulden muß (**RG** LZ 1916, 1427[14]). Ein solches Urteil wird vorkommen, wenn der Eigentümer des Pfandes gegen die Berechtigung zum Pfandverkauf Einwendungen erhoben hat, oder in ähnlicher Weise, wenn ein durch sog. kaltes Abbrennen geschädigter Hypothekengläubiger die Zwangsvollstreckung in die beiseite geschafften Inventarstücke betreiben will (**RG** 6. 5. 16 V 446/14) oder auch wenn Sachen, welche dem Vermieterpfandrecht unterliegen, den Eigentümer gewechselt haben (**RG** 104, 301). Ist das vom Pfandgläubiger erwirkte Urteil vollstreckbar, so hat er das Recht des Pfandverkaufs nach den Regeln der ZPO neben dem Rechte der Veräußerung nach den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240. Eine neuerliche Pfändung hat nicht stattzufinden; die Vorschriften der ZPO über die

Pfändung (ZPO §§ 803—813) greifen nicht Platz, wohl aber die Vorschriften der §§ 814, 816, 817, 820—823, 825 ZPO. Die einwöchige Frist des § 816 ZPO läuft im Falle des Verfahrens nach Abs 2 vom Zeitpunkte der Erlangung des Vollstreckungstitels ab. Die Versteigerung wird an dem Orte zu erfolgen haben, wo das Pfand aufbewahrt wird oder, wenn dieser ungeeignet ist, an einem anderen geeigneten Orte (§ 1236). An Stelle des § 806 ZPO wird § 1242, an Stelle des § 817 Abs 4 ZPO wird BGB § 1239, an Stelle des § 818 ZPO § 1230 Satz 2 BGB, an Stelle des § 819 ZPO § 1247 BGB anzuwenden sein. Die §§ 1244, 1248, 1249 BGB finden auch bei der Pfandveräußerung auf diesem Wege Anwendung.

Gegen eine Überspannung der Rechte des Eigentümers spricht sich **RG** 143, 277 aus. Hat ein Gläubiger wegen einer persönlichen Forderung ein Pfandrecht an einer Sache, die im Eigentum eines Dritten steht, klagt er diese persönliche Forderung aus und läßt er auf Grund des erlangten Titels die pfandgebundene Sache pfänden, so darf der Eigentümer dieser Pfändung nicht nach § 771 ZPO widersprechen, obwohl er an sich dazu berechtigt wäre. Er würde damit aber arglistig handeln, denn auf eine neue, das Pfandrecht verfolgende, Klage des Gläubigers gegen ihn selbst müßte er jenem die Sache alsbald zu seiner Befriedigung bereitstellen.

§ 1234

[1]) **Der Pfandgläubiger hat dem Eigentümer den Verkauf vorher anzudrohen und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen [2]), wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Die Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen; sie darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.**

Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats [3]) nach der Androhung erfolgen. Ist die Androhung untunlich, so wird der Monat von dem Eintritte der Verkaufsberechtigung an berechnet.

E I 1170 II 1141; M 3 823, 824; P 3 476.

1. Androhung des Verkaufs und Wartefrist. Der Verkauf ist nur dem Eigentümer anzudrohen, nicht dem Verpfänder, der nicht Eigentümer ist — vgl. jedoch § 1248 — und auch nicht dem persönlichen Schuldner. Auf das Androhen und die Wartefrist kann der Eigentümer auch vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung nach § 1245 Abs 1 verzichten. Die Nichtbeobachtung der Vorschriften über die Androhung und Wartefrist zieht Schadensersatzpflicht nach sich, gefährdet aber die Gültigkeit des Verkaufs nicht (§ 1243). Im Rechtsstreit hat gegebenenfalls der Pfandgläubiger zu beweisen, daß auch bei ordnungsmäßigem Verkauf kein höheres Ergebnis erzielt worden wäre (**RG** 77, 205; LZ 24, 200). Die Vorschrift erstreckt sich sowohl auf den Fall der Versteigerung wie auf den des freihändigen Verkaufs nach § 1235 Abs 2. Sie soll dem Eigentümer die Einlösung des Pfandes ermöglichen. Was untunlich ist, entscheidet sich nach den Umständen des einzelnen Falles (**RG** 21. 3. 23 I 125/22).

2. Zeit und Ort des bevorstehenden Verkaufs brauchen bei der Androhung nicht bezeichnet zu werden, vgl. aber § 1237 Satz 2.

3. Kürzere Frist, nämlich eine Woche, wenn die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist (HGB § 368). Nach der VO über Orderlagerscheine vom 16. 12. 31 (RGBl I 763) beträgt die Frist nur eine Woche auch dann, wenn der Lagervertrag nur auf der Seite des Lagerhalters ein Handelsgeschäft ist. Fristberechnung nach §§ 186ff. Die Banken pflegen auch die einwöchige Frist durch ihre Geschäftsbedingungen zu beseitigen, so daß sie im Handel mit Wertpapieren ungebräuchlich ist (**RG** 109, 327).

§ 1235

Der Verkauf des Pfandes ist im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken[1]).

Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so findet die Vorschrift des § 1221 Anwendung [2]) [3]).

E I 1171 II 1142; M 3 824; P 3 476—478; 6 166.

1. Öffentliche Versteigerung vgl. §§ 383 Abs 3, 966, 1219. Der zugrunde liegende Rechtsgedanke geht dahin, daß bei einer öffentlichen Versteigerung am ehesten der wahre Wert als Erlös erzielt wird, weil so ein möglichst großer Kreis von Bietern herangezogen wird. Wer ein Pfand freihändig unter seinem Wert veräußert hat, kann sich also nicht damit entschuldigen, daß bei einer öffentlichen Versteigerung auch kein höheres Gebot abgegeben sein würde (**RG** Warn 1919 Nr 194). Die zur Sicherung der Volksernährung erlassene VO über Wein v. 31. 8. 17 und 13. 4. 22 (RGBl 1917, 751; 1922, 454) verbietet in ihrem noch gültigen § 2 die Versteigerung von Wein, soweit es sich nicht um eigenes Gewächs handelt. Das bezieht sich nicht auf Pfandversteigerungen, nur

auf die üblichen freiwilligen Versteigerungen; a. M. der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft nach DJZ 1926, 1099 und RFinH 20, 119.

2. **Verkauf zum Börsen- oder Marktpreis** vgl. § 1221 und die Anmerkungen dazu. Wer während des Krieges eine ihm verpfändete Ware, die damals keinen Marktpreis hatte, gleichwohl freihändig veräußerte, hat gegen § 1235 Abs 2 verstoßen (Recht 1920 Nr 1899).

3. **Verzicht** auf Beobachtung der Vorschriften des § 1235 ist erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung zulässig (§ 1245 Abs 2); **Verstoß gegen sie** hat Unrechtmäßigkeit des Verkaufs zur Folge (§ 1243 Abs 2).

§ 1236

[1]) **Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, an dem das Pfand aufbewahrt wird. Ist von einer Versteigerung an dem Aufbewahrungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist das Pfand an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern [2]).**

E I 1172 II 1143; M 3 824, 825; P 3 478, 479.

1. **Versteigerungsort,** vgl. auch § 383 Abs 2. Anderweite Vereinbarung der Beteiligten ist nach § 1245 zulässig, Verletzung gefährdet nicht die Gültigkeit des Verkaufs, sondern macht nur schadensersatzpflichtig (§ 1243). In der Vereinbarung eines Aufbewahrungsortes liegt auch die Vereinbarung des Versteigerungsortes. Darüber, ob ein angemessener Erfolg am Orte (in der Ortschaft) der Aufbewahrung des Pfandes zu erwarten und welcher Ort sonst geeignet ist, entscheidet zunächst der Pfandgläubiger nach Treu und Glauben; wenn ein Gegenbeteiligter aber die Versteigerung an einem anderen Orte als nach billigem Ermessen dem Besten aller Beteiligten entsprechend verlangt, mangels einer Einigung das Gericht (§ 1246).

2. **Wegen des Verkaufsorts beim Verkaufe zum Markt- oder Börsenpreise** vgl. § 1221 A 2.

§ 1237

[1]) **Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes [2]) öffentlich bekanntzumachen. Der Eigentümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind besonders zu benachrichtigen [3]); die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.**

E I 1171, 1172 II 1144; M 3 824, 825; P 3 479.

1. Verzicht auf **öffentliche Bekanntmachung** ist vor Eintritt der Verkaufsberechtigung unzulässig (§ 1245), Verstoß bewirkt Ungültigkeit des Pfandverkaufs (§ 1243). Eine bestimmte Art der öffentlichen Bekanntmachung ist nicht vorgeschrieben. Sie hat daher so zu erfolgen, wie es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Verkehrs und die besonderen Umstände des Falles angemessen erscheint. Zumeist wird örtliche Übung oder besondere Vorschrift für die Versteigerer bestehen.

2. **Allgemeine Bezeichnung des Pfandes.** Bezeichnung des Pfandgläubigers, des Eigentümers, des Schuldners hat nicht stattzufinden.

3. Auf **Benachrichtigung der Beteiligten** kann auch vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichtet werden; Unterlassung hat Ungültigkeit des Verkaufs nicht zur Folge (§§ 1245, 1243). Daß die Zurücknahme der Benachrichtigung die Unzulässigkeit des Pfandverkaufs zur Folge hat (Staudinger), kann nur in dem Sinne zugestanden werden, daß sie die Wirkung der Unterlassung der Benachrichtigung hat, nicht aber in dem Sinne, daß sie die Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs zur Folge hätte. — **Untunlich** vgl. § 1234 A 1 a. E.

§ 1238

[1]) **Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden [2]), daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat [3]) und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht [4]).**

Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt [5]). Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird [6]).

E I 1173, 1175 II 1146; M 3 827, 828; P 3 479.

1. Verkaufsbestimmungen beim Pfandverkauf. Das Gesetz nimmt zum Schutze des Pfandeigentümers und der sonst auf das Ergebnis des Pfandverkaufs Angewiesenen auf den Inhalt des Pfandverkaufs bestimmend Einfluß. Es schreibt die Hauptbestimmungen des Vertrags vor und läßt für die wesentlichsten den Beteiligten nicht die Freiheit, schon bei der Pfandbestellung Abweichendes zu vereinbaren. In Ansehung des Kaufpreises ist für den Pfandverkauf aus freier Hand nach §§ 1235 Abs 2, 1221 bestimmt, daß zum laufenden Börsen- oder Marktpreise zu verkaufen ist; für die Versteigerung ergibt sich aus § 156, daß dem Meistbietenden der Zuschlag zu erteilen ist, wenn er überhaupt erteilt wird. Im § 1238 wird weiter zugunsten der außer dem Pfandgläubiger Beteiligten die Vereinbarung mit dem Käufer dahin vorgeschrieben, daß bei Meidung des Rechtsverlustes der Kaufpreis sofort bar zu zahlen ist. Die Vorschrift, die durch Vereinbarung abänderbar ist (§ 1245), gilt sowohl für den freihändigen Verkauf wie für die Versteigerung. Ihre Verletzung zieht die Ungültigkeit des Pfandverkaufs nicht nach sich, auch nicht eine Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers, aber die Rechtsfolge, daß der Pfandgläubiger sich so behandeln lassen muß, wie wenn er den Kaufpreis erhalten hätte.

2. Darf nur mit der Bestimmung verkauft werden. Die Vorschrift verpflichtet den Pfandgläubiger, für die Aufnahme dieser Bestimmung in den Kaufvertrag bei Meidung des ihm angedrohten Rechtsnachteils zu sorgen, sie fügt aber die Bestimmung nicht selbst in den Kaufvertrag ein wie § 817 ZPO.

3. Sofort bar zu entrichten, d. h. Zug um Zug gegen Aushändigung der Kaufsache zu bezahlen.

4. Bei Verlust der Rechte. Vorbehalt der Rechtsverwirkung nach § 360 mit der Folge, daß dem Pfandgläubiger als Verkäufer das Recht zusteht, wenn nicht sofort Barzahlung erfolgt, vom Vertrage zurückzutreten.

5. Der Kaufpreis ist als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen, sobald die versteigerte Sache dem Ersteher ausgehändigt ist, aber nur im Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger einerseits und dem Eigentümer des Pfandes, dem persönlichen Schuldner und den etwa noch in Betracht kommenden dinglich Berechtigten anderseits. Dem Ersteher gegenüber bleibt der Pfandgläubiger unbezahlter Verkäufer, bis er Zahlung erhalten hat. Nach der Unterstellung des Gesetzes, daß der Kaufpreis als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen ist, gilt die Forderung, soweit der Kaufpreisbetrag reicht, als vom Eigentümer berichtigt. Soweit sich ein Mehrerlös berechnet, ist der Pfandgläubiger Schuldner des bisherigen Pfandeigentümers, und diese Schuld tritt an die Stelle des verkauften Pfandes (§ 1247 Satz 2).

6. Unterlassen der Geltendmachung des bedungenen Vorbehalts der Rechtsverwirkung vor dem Schlusse des Versteigerungstermins hat gegenüber dem Schuldner, dem Eigentümer und den übrigen Pfandbeteiligten die gleiche Folge wie die Unterlassung der Aufnahme des Vorbehalts in den Kaufvertrag. Dem Ersteher gegenüber bleibt der Pfandgläubiger als Verkäufer berechtigt, auch später zurückzutreten. Im Verhältnis zum Eigentümer und den sonstigen Berechtigten hebt ein solcher Rücktritt die einmal eingetretenen Rechtsänderungen aber nicht wieder auf. Bei verspätetem Rücktritt wird also der Pfandgläubiger Eigentümer der ihm zurückgegebenen Pfandsache.

§ 1239

Der Pfandgläubiger [1]) und der Eigentümer [2]) können bei der Versteigerung mitbieten [3]). Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen [4]).

Das Gebot des Eigentümers darf zurückgewiesen werden, wenn nicht der Betrag bar erlegt wird. Das gleiche gilt von dem Gebote des Schuldners, wenn das Pfand für eine fremde Schuld haftet [5]).

E I 1173 II 1145; M 3 825—827; P 3 479.

1. Gegen das **Mitbieten des Pfandgläubigers** — natürlich nur des den Verkauf betreibenden Pfandgläubigers — besteht das rechtliche Bedenken, daß er nicht zugleich Käufer und Verkäufer sein, nicht einen Vertrag mit sich selbst schließen kann. § 1239 beseitigt das Bedenken auf dem Wege der Ausnahme. Die Folge davon ist, daß der Pfandgläubiger als Meistbietender, dem der Zuschlag erteilt wird, die Stellung des Erstehers, d. h. des Käufers bekommt und das Meistgebot als Kaufpreis zur sofortigen Barzahlung schuldet. Die Folge ist aber auch, daß er, wenn er auf Grund des Zuschlags die Pfandsache an sich nimmt, die Stellung des „Erwerbers aus rechtmäßiger Veräußerung des Pfandes" erhält (§ 1242). Der Grund, aus dem die Ausnahme zugelassen wird, ist der Vorteil, der darin für Schuldner, Eigentümer und Drittberechtigte liegt, und die Erwägung, daß die Öffentlichkeit der Versteigerung üble Folgen hintanhält. Hieraus ist der Schluß gerechtfertigt, daß nicht nur bei der Versteigerung zur Verwirklichung des Pfandrechts nach § 1235 Abs 1, sondern auch bei der Versteigerung wegen Gefahr des Verderbs oder der Wertminderung nach § 1219 der Pfandgläubiger mitbieten darf (BayObLGZ 4, 633).

2. **Mitbieten des Eigentümers des Pfandes.** Dem meistbietenden Eigentümer könnte entgegengehalten werden, daß es sich für ihn um den Kauf der eigenen Sache handle und dieser unmöglich sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob das erhobene Bedenken schon deshalb unbegründet ist, weil der Eigentümer durch den Kauf nicht das Eigentum des Pfandes, sondern dessen lastenfreien Wiederbesitz erstrebt (M 826) oder deshalb, weil mit der rechtmäßigen Veräußerung das bisherige Eigentum erlischt, der Ersteher also, wenn er Eigentümer war, im gleichen Augenblicke sein früheres Eigentum verliert und ein neues gewinnt (Jacubezky, Bemerkungen S. 262) —, denn jedenfalls ist jedes Bedenken gegen die Zulassung des Eigentümers zum Mitbieten durch die Vorschrift des § 1239 beseitigt. Daß der Eigentümer auch im Falle des § 1219 als Mitbieter zuzulassen ist, kann aus den in A 1 angegebenen Gründen nicht zweifelhaft sein. Er ist aber auch beim freihändigen Verkauf nach § 1235 Abs 2 als Käufer zuzulassen.

3. **Weitere Vorschriften über den Ausschluß vom Mitbieten** vgl. §§ 456, 457.

4. **Die geschuldete sofortige Barzahlung an sich selbst zu leisten** (s. A 1), ist der Pfandgläubiger als Ersteher nicht verpflichtet. Es treten hinsichtlich seiner Befriedigung und der dinglichen Rechte Dritter am Erlöse die Wirkungen ein, wie wenn er gezahlt hätte, mit der Besonderheit, daß an die Stelle des Erlöses wiederum der Anspruch gegen den Pfandgläubiger als Ersteher tritt (vgl. § 1238 A 5 Satz 3).

5. **Die Zurückweisung der Gebote** des Eigentümers und des Schuldners mangels Barzahlung kann bis zur Zuschlagserteilung erfolgen. Der *Verpfänder* kann nur, wenn er Eigentümer ist oder nach § 1248 als solcher gilt, zurückgewiesen werden. An die Unterlassung der Zurückweisung sind Rechtsnachteile für den Pfandgläubiger vom Gesetze nicht geknüpft, unbeschadet der Vorschrift des § 1238 Abs 2.

§ 1240

Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden.

Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise erfolgen.

E I 1174 II 1147; M 3 827; P 3 479.

Gold- und Silbersachen, vgl. ZPO § 820. Ausdehnung auf andere Edelmetalle (Platin) ist nicht zulässig. Auf den Feingehalt kommt es nicht an, solange nicht das beigemischte andere Metall derart überwiegt, daß nicht mehr eine Gold- oder Silbersache vorhanden ist. Wann dies der Fall, ist Tatfrage. Die verpfändete Sache muß *selbst* aus Gold oder Silber sein. Eine Sache, die nur mit Gold oder Silber verziert oder beschlagen ist, zählt nicht hierher, wohl aber eine Sache, die in Gold oder Silber derart gefaßt ist, daß nach der Verkehrsanschauung die Fassung die Hauptsache ist (halbedler oder unedler Stein in goldenem Ringe). Abschätzung des Metallwerts ist — anders als in ZPO § 814 — nicht vorgeschrieben. Bedarf ihrer der Pfandgläubiger, um dem § 1240 zu genügen, so kann er sie auf Pfandkosten vornehmen lassen. Der Wert, der erreicht werden muß, ist der Metallwert zur Zeit der Versteigerung. Gold und Silber in Barren werden in der Regel Markt- oder Börsenpreis haben, daher nach § 1235 Abs 2 behandelt werden können. Sofern dies nicht der Fall, ist § 1240 sinngemäß anzuwenden. — Aus freier Hand darf nur verkauft werden, wenn vergeblich versucht worden ist, zu versteigern. Auf die Einhaltung der Vorschriften des § 1240 kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung nicht verzichtet werden, ihre Verletzung begründet „Unrechtmäßigkeit" des Pfandverkaufs (§§ 1245, 1243). Werden Gold- oder Silbersachen unter dem Gold- oder Silberwert *zugeschlagen*, so schützt den gutgläubigen Ersteher § 1244. Werden sie *freihändig* unter Wert verkauft, so versagt dieser Schutz nach ausdrücklicher Vorschrift des § 1244.

§ 1241

Der Pfandgläubiger hat den Eigentümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebnis unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist.

E I 1179 II 1148; M 3 830; P 3 480.

Benachrichtigung des Eigentümers vom Verkaufsergebnis. Es genügt die Benachrichtigung des Verpfänders, wenn dieser nach § 1248 als Eigentümer zu gelten hat. Unnötig ist die Benachrichtigung dann, wenn der Eigentümer selbst Ersteher ist. Daß ein Versteigerungs- oder Verkaufsversuch ergebnislos geblieben ist, braucht auch dann nicht mitgeteilt zu werden, wenn der Versteigerungs- oder Verkaufstermin mitgeteilt worden war. Der Schuldner und der Verpfänder als solcher kann keine Mitteilung beanspruchen. Die Verletzung der Benachrichtigungs-

pflicht kann Schadensersatzansprüche zur Folge haben (§ 1243 Abs 2), auf den schon vollzogenen Verkauf hat sie keinen Einfluß. Der Eigentümer kann auf die Benachrichtigung schon vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichten (§ 1245).

Die Vorschrift ist auch auf die Fälle des vorzeitigen Pfandverkaufs nach §§ 1219, 1220, 1221 anzuwenden. — Untunlich, vgl. § 1234 A 1 a. E.

§ 1242

Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes [1]) erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte [2]). Dies gilt auch dann, wenn dem Pfandgläubiger der Zuschlag erteilt wird [3]).

Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht [4]) [5]) [6]) [7]).

E I 1180 II 1149; M 3 830, 831; P 3 480.

1. **Rechtmäßige Pfandveräußerung.** Der Gedankengang ist der, daß eine Pfandveräußerung, wenn sie rechtmäßig ist, d. h. unter Einhaltung der für die Rechtmäßigkeit gerade der Pfandveräußerung gegebenen besonderen Vorschriften erfolgt ist, die Wirkung haben soll, wie wenn sie durch den Eigentümer erfolgt wäre. Daß der Veräußernde Pfandgläubiger ist und als solcher zur Veräußerung des Pfandes befugt ist, und daß das von ihm vorgenommene Veräußerungsgeschäft den allgemeinen Vorschriften über die Eigentumsübertragung genügt (§§ 929 bis 931), daß also insoweit den Anforderungen an die Pfandveräußerung entsprochen ist, wird hier vorausgesetzt (**RG** 100, 277). Welche besonderen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Pfandveräußerung wesentlich sind, ist im § 1243 ausgesprochen: Fälligkeit der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, als Geldforderung (§ 1228 Abs 2), Einhalten der Bedarfsgrenze bei Pfandrecht an mehreren Sachen (§ 1230 Satz 2), öffentliche Versteigerung oder doch Verkauf durch öffentliche Handelsmäkler oder öffentliche Versteigerer zum laufenden Markt- oder Börsenpreis (§ 1235), öffentliche Bekanntmachung von Zeit und Ort der Versteigerung (§ 1237 Satz 1), Einhaltung des Gebots, daß Gold- und Silbersachen nicht unter dem Metallwert abgegeben werden dürfen (§ 1240).

2. **Folge der rechtmäßigen Pfandveräußerung** ist, daß der Erwerber das erwirbt, was er bei der Veräußerung durch den Eigentümer erlangt hätte, nämlich das Eigentum. Damit erlischt das Eigentum des bisherigen Eigentümers. Andere Rechte Dritter — als solche kommen an beweglichen Sachen nur Pfandrecht und Nießbrauch in Frage — erlöschen nach Abs 2. Ein Nießbrauch kann also bestehenbleiben. Abs 2 betrifft nur den Fall, daß dem Erwerber die Rechte Dritter bekannt sind. Wenn sie ihm unbekannt sind, greift § 936 ein; auch der an erster Stelle stehende Nießbrauch erlischt also, wenn der Erwerber insoweit gutgläubig ist. Die Beschränkung des § 935 gilt im Rahmen des § 1242 nicht, denn es handelt sich hier nicht um Auswirkungen des guten Glaubens, und auch wo diese in Frage kommen (§ 1244), ist § 935 ausgeschaltet.

3. **Der mitbietende Pfandgläubiger selbst erwirbt ebenso durch den Zuschlag.** Damit macht das Gesetz die Lösung der Streitfrage entbehrlich, ob der Pfandgläubiger als Ersteher auf Grund einer unterstellten Eigentumsübertragung oder auf Grund einer vom Gesetze gegebenen Aneignungsbefugnis erwirbt. Der Pfandgläubiger wird als Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer, wie wenn er die Sache vom Eigentümer zu Eigentum übertragen erhalten hätte. Auch hier ist natürlich nur der betreibende Pfandgläubiger in Frage. Die Stellung der übrigen unterscheidet sich nicht von der der unbeteiligten Bieter.

4. **Erlöschen der Pfandrechte und des Nießbrauchs.** Es erlöschen alle Pfandrechte an der Sache, mögen sie dem, in dessen Ausübung der Verkauf stattfindet, nachfolgen oder im Range vorgehen. An ihre Stelle treten die gleichen Pfandrechte am Erlös oder, wenn der Pfandgläubiger der Ersteher ist, an der Kaufpreisforderung, deren Schuldner er ist. Vgl. § 1238 A 5. Es erlischt aber auch der Nießbrauch, wenn er nicht den Rang vor allen Pfandrechten hat. Auch er erlischt nicht ohne Ersatz. Der bisherige Nießbraucher an der Sache erlangt nun nach Maßgabe seines Ranges Nießbrauch am Erlös (§ 1067). Ohne Ersatz erlischt nur das Pfandrecht des betreibenden Pfandgläubigers. Ihm fällt der ihn treffende Teil des Erlöses als Eigentum an, seine Forderung gilt als vom (seitherigen) Eigentümer der Sache berichtigt (§ 1247).

5. Die Vorschriften des § 1242 sind auch dann anzuwenden, wenn das Pfand in der Pfandversteigerung von seinem **seitherigen Eigentümer** ersteigert worden ist (§ 1239).

6. **Entsprechende Anwendung.** Auf den Verkauf von Pfändern zufolge gesetzlichen Pfandrechts finden die Vorschriften des § 1242 kraft der Bestimmung des § 1257 entsprechende Anwendung. Aber auch für das Pfändungspfandrecht wird man die Grundsätze der §§ 1242, 1244

insoweit entsprechend anzuwenden haben, als nicht in der ZPO selbst Vorschriften getroffen sind (RG 61, 330; 87, 325). Eine entsprechende Anwendung auf die Sicherungsübereignung kommt nicht in Frage; wer vom Sicherungsnehmer kauft, kauft vom wirklichen Eigentümer.

7. Pfandrechte an Schiffen. Auch Registerpfandrechte an Schiffen erlöschen, wenn das verpfändete Schiff mit Arrest belegt ist und wegen drohender Wertverminderung nach § 930 ZPO nach den Regeln über die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen versteigert werden muß, durch den Zuschlag. Auf diesen Fall findet § 1262 Abs 1 nicht Anwendung, denn er bestimmt lediglich eine Ausnahme von § 936, während es sich im § 1242 Abs 2 um die Sonderregelung für den Pfandverkauf handelt. So mit überzeugender Begründung Obergericht Danzig (JW 1922, 1339) gegen das Kammergericht (RJA 11, 17), dem früher hier beigetreten war.

§ 1243

Die Veräußerung des Pfandes ist nicht rechtmäßig, wenn gegen die Vorschriften des § 1228 Abs 2, des § 1230 Satz 2, des § 1235, des § 1237 Satz 1 oder des § 1240 verstoßen wird [1]).

Verletzt der Pfandgläubiger eine andere für den Verkauf geltende Vorschrift, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt [2]).

E I 1181 II 1150; M 3 831; P 3 482.

1. Unrechtmäßige Pfandveräußerung. § 1243 Abs 1 geht davon aus, daß die allgemeinen — in A 1 zu § 1242 aufgezählten — Voraussetzungen des Pfandverkaufs gegeben waren, daß aber mindestens eine der besonderen Vorschriften, von denen die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs abhängt, nicht beobachtet ist. Die dinglichen Folgen unrechtmäßiger Pfandveräußerung ergeben sich dann dahin, daß die im § 1242 bestimmten Folgen des rechtmäßigen Pfandverkaufs nicht eintreten. Der Ersteher erwirbt nicht Eigentum, die dinglichen Rechte an der Pfandsache bleiben bestehen — vorbehaltlich der Folgen, die sich aus der Gutgläubigkeit des Erwerbs nach § 1244 ergeben (RG 100, 277). Die Erwerber müssen also, soweit sie nicht durch ihren guten Glauben geschützt sind, den Eigentumsansprüchen des Eigentümers und den Ansprüchen weichen, welche die Berechtigten auf Grund ihrer dinglichen Rechte erheben können. Es bleiben ihnen aber ihre persönlichen Ansprüche aus dem Kaufe gegen den Pfandgläubiger als Verkäufer (Versteigerer). Sie können insbesondere, wenn es dem Pfandgläubiger unmöglich ist, ihnen das lastenfreie Eigentum der verkauften Sache, wie er verpflichtet ist, zu verschaffen (§ 433), nach § 440 verfahren. Der Eigentümer und die dinglich Berechtigten verlieren ihre Rechte nur bei Gutgläubigkeit des Erwerbers. Ein besonderer Schadensersatzanspruch ist ihnen nicht beigelegt — Abs 2 betrifft nur den dort geregelten Fall —, sie können solche Ansprüche aber auf unerlaubte Handlung — z. B. Eingriff in das Eigentum oder das sonstige Recht (RG JW 1926, 2847[10]) — oder auf den Pfandvertrag stützen. War die unrechtmäßig verkaufte Sache eine Gattungssache, so kann der Eigentümer verlangen, daß ihm der Pfandgläubiger eine andere Sache von gleicher Art und Güte liefert (RG 106, 88). Die gesetzlichen Vorschriften über das Pfandrecht können dabei als die gewöhnlichen Bestimmungen eines Pfandvertrags, als die sog. naturalia negotii, in Betracht kommen. Nur der Bereicherungsanspruch gegen den aus dem Erlös des unrechtmäßigen Pfandverkaufs befriedigten Pfandgläubiger bleibt ihnen, wenn diesem ein Verschulden nicht zur Last fällt (RG 77, 207). Der von Enneccerus-Wolff, Sachenrecht (9.) § 166 S. 633 A 13, gegen diese Entscheidung erhobene Angriff ist unbegründet. Die Rechte des Besitzers nach §§ 989ff. kamen dem damaligen Beklagten nicht zustatten, weil gerade der Mangel des Besitzes zur Verneinung des Pfandrechts geführt hatte.

2. Schadensersatzpflicht bei ordnungswidriger Pfandveräußerung. Abs 2 geht davon aus, daß die allgemeinen Voraussetzungen des Pfandverkaufs gegeben waren, daß auch die in Abs 1 aufgezählten Vorschriften beobachtet sind. Werden andere Vorschriften über die Pfandveräußerung verletzt, mögen sie auf Gesetz, Vereinbarung (§ 1245) oder richterlicher Anordnung (§ 1246) beruhen, so bleibt der Pfandverkauf zwar rechtmäßig, aber der Pfandgläubiger haftet für jeden schuldhaft herbeigeführten Schaden, vgl. § 276 A 1, 2. Dabei hat der Kläger den Verstoß und den Schaden zu beweisen, dem Pfandgläubiger liegt es ob, sich zu entschuldigen (RG 86, 321; RG 9. 11. 20 VII 195/20). Jeder Schaden entfällt, wenn der Beklagte den Nachweis führt, daß auch im Fall einer Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften das schließliche Ergebnis für den Kläger nicht günstiger gewesen wäre, daß insbesondere der doch unvermeidliche Pfandverkauf zu der in Betracht kommenden Zeit keinen höheren Erlös erbracht hätte (RG 77, 205f., JW 1930, 134[7]; 2. 1. 24 I 764/22). — Erklärungen, durch welche Befreiung von den Beschränkungen des Pfandverkaufs gewährt, durch welche auf Befolgung gesetzlicher Sicherungen verzichtet sein soll, sind eng auszulegen (RG JW 1927, 1467[4]). Dabei ist der Maßstab von wirtschaftlicher Vernunft und von Treu und Glauben anzulegen.

§ 1244

Wird eine Sache als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht oder den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 934, 936 entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1233 Abs 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs 2 beobachtet worden sind [1] [2] [3] [4].

E I 1182 II 1151; M 3 831, 832; P 3 482; 6 262.

1. **Gutgläubiger Erwerb des Eigentums durch den Ersteher.** Steht dem Erwerb des Eigentums im Wege, daß der Veräußerer kein Pfandrecht besessen oder beim Verkaufe für die Rechtmäßigkeit der Veräußerung wesentliche Vorschriften nicht eingehalten hat (§§ 1242, 1243 Abs 1) oder ist Mangel an beiden, so kann der Mangel durch den guten Glauben des Erwerbers nach § 1244 geheilt werden. Die Vorschriften des § 1244 sind notwendig, weil die §§ 932ff. an sich nur auf eine Veräußerung durch den angeblichen Eigentümer zutreffen. Ohne § 1244 wäre der gutgläubige Erwerber bei einem Pfandverkauf schutzlos geblieben.

a) Vorausgesetzt ist für die Anwendung des § 1244, daß die Sache als Pfand, d. h. in Ausübung des Pfandrechts veräußert wird. Das geschieht auch bei dem vorzeitigen Pfandverkauf nach §§ 1219f., 1221. Wird die Sache dagegen als Eigensache veräußert, so finden lediglich die Bestimmungen der §§ 932—936 Anwendung.

b) Ist die Sache zwar „als Pfand verkauft", aber nicht auf eine der bevorzugten Arten veräußert, nämlich nicht nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften (§ 1233 Abs 2) — die das Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels für die Forderung nicht voraussetzen —, nicht im Wege öffentlicher Versteigerung, nicht nach Börsen- oder Marktpreis durch einen öffentlichen Handelsmäkler oder öffentlichen Versteigerer (§ 1235 — oder §§ 1219f., 1221), nicht durch einen öffentlichen Versteigerer freihändig zum Gold- oder Silberwert nach § 1240 Abs 2, sondern auf anderem, vereinbartem (§ 1245), vom Gerichte nach § 1246 bestimmtem oder willkürlichem Wege, so wird überhaupt kein Schutz für gutgläubigen Erwerb der Pfandsache gewährt (RG 100, 276). Ist dagegen das Pfand auf eine der vorgenannten bevorzugten Arten des Pfandverkaufs veräußert, was der Erwerber im Streitfalle zu behaupten und zu beweisen hat, so wird der gutgläubige Erwerb nach § 1244 geschützt.

c) Der gute Glaube des Erwerbers muß darin bestehen, daß er von dem Mangel des Pfandrechts des Veräußerers oder der Nichteinhaltung der für die Rechtmäßigkeit der Pfandveräußerung wesentlichen Vorschrift keine Kenntnis gehabt (RG 100, 277; 104, 300), und daß seine Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat. Insoweit deckt der gute Glaube alle überhaupt heilbaren Mängel, auch das Fehlen eines vollstreckbaren Titels, wie ihn § 1233 Abs 2 erfordert. Wer eine als Pfand veräußerte Sache erworben hat, kann sich aber nicht darauf berufen, daß er an das Eigentum des Veräußerers geglaubt habe. — Der gute Glaube wird vermutet. Der Gegner hat zu behaupten und zu beweisen, daß der Erwerber die Kenntnis gehabt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gehabt hat.

d) Der Schutz wird gewährt, wenn auch die übrigen Voraussetzungen der §§ 932, 933, 934, 936 gegeben sind. Dadurch, daß die Pfandsache dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen war, wird der Eigentumserwerb durch den Ersteher nicht gehindert, denn § 935 ist hier, wo es sich nur um die bevorzugten Arten der Veräußerung handelt (vgl. § 1242 A 2), nicht für anwendbar erklärt. So kann es kommen, daß der Pfandgläubiger, dem eine gestohlene Sache verpfändet war, zwar deshalb Pfandrechte nicht erlangen konnte, doch bei Fortdauer des guten Glaubens als Selbstersteher bei der Pfandversteigerung Eigentum erwirbt (vgl. RG 104, 300). Dasselbe gilt, wenn der Pfändungspfandgläubiger die Pfandsache durch eine Übereignung nach § 825 ZPO und die hinzukommende Übergabe von Seiten des Gerichtsvollziehers erwirbt (RG 126, 26), vgl. A 4 unten.

e) Durch den unter den vorstehenden Voraussetzungen im guten Glauben gemachten Erwerb wird der Ersteher Eigentümer der Sache, und zwar erlangt er das Eigentum lastenfrei im Sinne des § 1242 Abs 2. Die Pfandrechte erlöschen sämtlich, auch soweit sie ihm bekannt waren, ein Nießbrauch bleibt nur bestehen, wenn er an erster Stelle stand, aber auch dieser erlischt, wenn der Erwerber im guten Glauben erwarb, daß er nicht bestehe.

2. **Behandlung des Erlöses für das unrechtmäßig veräußerte, aber auf den gutgläubigen Erwerber übergegangene Pfand.** Bestand der durch den guten Glauben des Erstehers geheilte Mangel nicht im Fehlen des Pfandrechts, sondern in der Nichtbeobachtung einer für die Rechtmäßigkeit der Veräußerung wesentlichen Vorschrift bei dem Pfandverkaufe, so kann die Frage entstehen, ob nun dieser Erlös zufolge entsprechender Anwendung des § 1247 Satz 2 in vollem Umfang an die Stelle des Pfandes tritt. Man wird dies bejahen müssen. Denn andernfalls würden die zum Schutze des Eigentümers und der übrigen Berechtigten bestimmten Vorschriften

der §§ 1228 Abs 2, 1230 Satz 2, 1235, 1240 Abs 2 gerade zu deren Schaden ausschlagen, was unmöglich beabsichtigt sein kann. Die Schadensersatzansprüche bleiben den Berechtigten außerdem. Der Pfandgläubiger erwirbt zunächst nur ein Pfandrecht an dem ganzen Erlös, kann sich aber daraus befriedigen, wenn er zum Verkauf berechtigt war (§ 1228 Abs 2).

3. Nachträgliche Genehmigung der unrechtmäßigen Veräußerung. Da den Beteiligten freisteht, durch Vereinbarung über ihr Eigentum und ihre dinglichen Rechte an beweglichen Sachen wie über ihre gegenseitigen persönlichen Ansprüche zu verfügen, so können sie selbstverständlich auch nach unrechtmäßiger Pfandveräußerung im Vertragswege den Rechtszustand herstellen, der bestehen würde, wenn die Veräußerung rechtmäßig gewesen wäre, und es ist möglich, eine solche Vereinbarung aus den Worten zu entnehmen, die Beteiligten genehmigten nachträglich jene Abweichung von der Regel. Daß aber eine gleiche Wirkung nachträglich auch durch eine Entscheidung des Gerichts nach § 1246 herbeigeführt werden könnte, ist nicht anzunehmen (vgl. § 1245 A 6).

4. Die Zulässigkeit der entsprechenden Anwendung des § 1244 auf die Fälle der Veräußerung eines Pfandes im Verfolge eines gesetzlichen Pfandrechts ergibt sich aus § 1257. Aber auch die entsprechende Anwendung auf den Verkauf eines Pfändungspfandes ist nicht ausgeschlossen (**RG** 61, 330; 104, 300). Zu beachten bleibt aber, daß der Zuschlag des Gerichtsvollziehers allein den Eigentumsübergang nicht bewirkt. Es muß die Übergabe durch den Gerichtsvollzieher hinzukommen oder, wenn die versteigerte Sache zunächst im Besitz des Schuldners verbleibt, die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses nach § 868 (**RG** Recht 1916 Nr 1900). Sind diese Voraussetzungen gegeben, so macht der gute Glaube, daß das Pfändungspfandrecht zu Recht besteht, den Ersteigerer zum Eigentümer. — Auf den Verkauf verpfändeter Rechte findet § 1244 Anwendung, wenn der Verkauf durch eine nach § 1277 Satz 1 mögliche Abrede besonders zugelassen ist, die Befriedigung also nicht, wie regelmäßig, auf Grund vollstreckbaren Titels in der Zwangsvollstreckung gesucht zu werden braucht (**RG** 100, 276).

§ 1245

Der Eigentümer und der Pfandgläubiger können eine von den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren [1]). Steht einem Dritten an dem Pfande ein Recht zu, das durch die Veräußerung erlischt, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich [2]). Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich [3]).

Auf die Beobachtung der Vorschriften des § 1235, des § 1237 Satz 1 und des § 1240 kann nicht vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichtet werden [4]) [5]) [6]).

E I 1177 II 1152; M 3 828, 829; P 3 479, 480; 6 391.

1. Vereinbarungen über die Art des Pfandverkaufs sind zugelassen, aber auch nur solche, nicht Vereinbarungen über die Zeit des Pfandverkaufs, über eine andere Art der Pfandverwertung oder gar über deren völligen Ausschluß. Auch die von den Vorschriften des Gesetzes abweichenden Vereinbarungen über die Art des Pfandverkaufs bedurften besonderer Erlaubnis durch das Gesetz. Denn, insofern das Gesetz selbst anordnet, wie der Pfandverkauf stattzufinden hat, bestimmt es den Inhalt des Pfandrechts. Vereinbarungen über ein anderweitiges Verfahren ändern also, wenn sie eine selbständige, dingliche Wirkung haben und nicht nur die persönlichen, schuldrechtlichen Verhältnisse der Beteiligten regeln sollen, den Inhalt des Pfandrechts. Die Änderung des Inhalts eines dinglichen Rechtes ist aber grundsätzlich den Beteiligten nicht freigegeben. § 1245 gibt Vereinbarungen dieser Art frei, gestattet also die Abänderung des Inhalts des Pfandrechts mit dinglicher Wirkung und setzt nur für die Abänderung einzelner Bestimmungen im Abs 2 eine zeitliche Schranke. Die in Abs 2 hervorgehobenen Vorschriften decken sich nicht mit den nach § 1243 Abs 1 für den rechtmäßigen Pfandverkauf wesentlichen, denn § 1245 betrifft nur Änderungen der §§ 1234—1240, und § 1243 Abs 1 nennt auch andere Vorschriften. Von diesen enthält § 1230 Satz 2 nachgiebiges und mit dinglicher Wirkung abänderbares Recht (vgl. A 2 das.), § 1228 Abs 2 kann dagegen zuungunsten des Eigentümers überhaupt nicht geändert werden und zu seinen Gunsten nur mit schuldrechtlicher Wirkung (vgl. A 2 das.). Die Vorschrift des § 1229 bleibt von § 1245 ebenfalls unberührt.

Nach § 1245 können der Eigentümer oder der Verwalter im Konkurse über sein Vermögen (**RG** 84, 70) — nicht aber der Verpfänder — mit dem Pfandgläubiger Vereinbarungen jeder Art über das Verkaufsverfahren treffen. Sie können insbesondere bestimmen, daß der Pfandgläubiger berechtigt sein soll, aus freier Hand zu verkaufen, sie können anderseits vereinbaren, daß er nur unter gewissen erschwerenden Voraussetzungen verkaufen, daß die Pfandsache nicht unter

einem bestimmten Preise abgegeben werden darf u. a. m. Ein etwaiger Verzicht des Pfandgläubigers auf seine Rechte aus dem Pfandrecht reicht aber nicht weiter, als die Abrede ergibt (RG 84, 70). Vereinbarungen, welche Erschwerungen des Verkaufs enthalten, können derart getroffen werden, daß ihre Nichteinhaltung die Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs mit allen ihren Wirkungen zur Folge hat, sie können aber auch mit der geringeren Wirkung ausgestattet werden, daß ihre Verletzung nur zu Schadensersatz oder Vertragsstrafzahlung verpflichtet. Ob eine Vereinbarung im Sinne der vollkommeneren oder der geringeren Wirkung getroffen ist, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sei und ist Tatfrage. Vereinbarungen, durch die von der Einhaltung schützender Gesetzesvorschriften befreit wird, werden in der Regel so gemeint sein, daß auch bei Nichteinhaltung der Gesetzesvorschrift die Pfandveräußerung rechtmäßig sein soll. Ist dem Gläubiger durch Vereinbarung gestattet, das Pfand freihändig zu verkaufen, so bleibt ihm diese Befugnis selbst im Konkurse des Pfandeigentümers (RG Gruch 48, 409).

2. Zustimmung Dritter. Sie ist wegen der dinglichen Wirkungen der Vereinbarungen erforderlich.

3. Zustimmungserklärung nur gegenüber dem durch die Vereinbarung Begünstigten. Das bedeutet eine Abweichung von § 182 Abs 1. Als Begünstigter wird bei Erleichterungen des Pfandverkaufs der Pfandgläubiger, bei Erschwerungen der Eigentümer anzusehen sein. Die Zustimmung kann nicht nur nach Abschluß der Vereinbarung erfolgen, sondern auch vorher (Einwilligung, § 183). Sie ist nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift auch im letzteren Falle unwiderruflich.

4. Einschränkung der gewährten Vereinbarungsfreiheit. Das in Abs 2 enthaltene Verbot, vor Eintritt der Verkaufsberechtigung auf die Schutzvorschriften der §§ 1235, 1237 Satz 1, 1240 zu verzichten, hat nicht nur die Folge, daß trotz des Verzichts die den unverzichtbaren Vorschriften zuwider vorgenommene Veräußerung unrechtmäßig ist, sondern auch die Folge, daß dem Verzichtenden Schadensersatzansprüche so zustehen, wie wenn er nicht verzichtet hätte. Aus § 1245 Abs 2 folgt übrigens auch, daß die in § 1284 zugelassene Vereinbarung erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen werden darf, vgl. § 1277 Satz 2 (RG 90, 255). — Abreden, die nach Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen werden, sind streng auszulegen. Ist nur vereinbart, daß Wertpapiere durch einen unvereidigten Handelsmäkler verkauft werden dürfen, so ist damit nicht jede sonstige Verwertung des Pfandes erlaubt. Wird das Pfand dennoch in anderer Weise verwertet, so ist die Pfandverwertung unrechtmäßig (RG JW 1927, 1467[4]).

5. Der Einfluß von Vereinbarungen über die Art des Pfandverkaufs auf den gutgläubigen Erwerb gestaltet sich je nach dem Inhalte der Vereinbarung verschieden. Ist — nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung — gültig auf die Einhaltung der §§ 1235, 1240 Abs 2 (öffentlicher Verkauf) verzichtet, so läßt dies zwar den freihändigen Verkauf selbst rechtmäßig erscheinen, aber der Erwerber des Pfandes erlangt, wenn dem Veräußerer das Pfandrecht fehlte, trotz gutem Glauben das Eigentum nicht (vgl. § 1244 A 1b). Sind sonstige Erleichterungen der die Rechtmäßigkeit des Verkaufs bedingenden Gesetzesgebote vereinbart, so kommt die Erweiterung der Rechtmäßigkeit des Verkaufs auch dem gutgläubigen Erwerber zustatten. Die Erleichterungen sind aber dann von dem Erwerber zu behaupten und zu beweisen. Sein guter Glaube an ihr Bestehen genügt nicht. Sind Erschwerungen der Gesetzesvorschriften über die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs vereinbart, so schadet ihre Nichtbeachtung dem gutgläubigen Erwerber nicht, wenn sie ihm nicht bekannt waren und die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht.

6. Nachträgliche Vereinbarungen wegen der Folgen der bei der Veräußerung außer acht gelassenen Bestimmungen über die Art der Pfandveräußerung fallen nicht unter § 1244. Sie haben lediglich die Änderung der durch die ordnungswidrige Veräußerung geschaffenen Rechtsverhältnisse zum Gegenstande. Eine rückwirkende Kraft kommt ihnen nicht zu (vgl. § 1244 A 3).

§ 1246

Entspricht eine von den Vorschriften der §§ 1235 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten, so kann jeder von ihnen verlangen, daß der Verkauf in dieser Art erfolgt [1]). Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet das Gericht [2]).

E I 1178 II 1153; M 3 829, 830; P 3 479, 480.

1. Vgl. ZPO § 825. § 1234 fällt nicht unter § 1246, weil die Einlösungsfrist dem Eigentümer nicht gegen seinen Willen verkürzt werden soll. **Das Interesse der Beteiligten** braucht nicht für alle gleich groß zu sein. Es genügt, wenn die Sachlage so ist, daß der eine Beteiligte ein billigerweise zu berücksichtigendes Interesse an einer anderen Art des Pfandverkaufs hat, der andere aber in seinem Interesse dadurch nicht beeinträchtigt wird. Der Pfandgläubiger kann an einer anderes Art der Veräußerung des Pfandes, die ihn nicht beschwert, die aber Aussicht auf Erzielung einen wesentlich höheren Preises bietet, unter Umständen kein Interesse haben, weil auch bei gewöhnlicher Pfandversteigerung so viel erzielt wird, daß er gedeckt ist, während die nachstehenden Pfand-

gläubiger und der Eigentümer ein besonderes Interesse an der Erzielung des hohen Preises haben. Auch in einem solchen Falle wird der Anspruch nach § 1246 gegen den betreibenden Pfandgläubiger bestehen. Als Beteiligte kommen außer dem betreibenden Pfandgläubiger der Eigentümer, andere Pfandgläubiger und sonstige Dritte (z. B. Nießbraucher) in Betracht, deren Recht durch die Veräußerung erlöschen würde. Wer sein ihm nach § 1246 zustehendes Recht nicht ausübt, begibt sich seiner. Übt er es aus und kommt es zu einer Einigung, so trifft § 1245 zu.

2. **Die Entscheidung des Gerichts** ist nach FGG § 166 Sache des Amtsgerichts des Ortes, an dem das Pfand aufbewahrt wird. Das Gericht entscheidet im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn tunlich nach Anhörung der Beteiligten. Ein etwa auftauchender Streit über das Recht zum Pfandverkauf gehört nicht zu seiner Zuständigkeit (KGJ 24 A 3). Beschwerde ist zulässig nach FGG §§ 19ff. Die Entscheidung des Gerichts kann, wenn sie einen Verzicht auf die Beobachtung der Vorschriften der §§ 1235, 1237 Satz 1, 1240 in sich schließt, erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung ergehen, wie auch die Einigung in solchem Fall erst nach diesem Zeitpunkt erfolgen kann (§ 1245 Abs 2). Soweit Erschwerungen des Pfandverkaufs auferlegt werden, ist es Sache des Gerichts, zu bestimmen, ob die Nichteinhaltung die Unrechtmäßigkeit der Veräußerung zur Folge haben soll (vgl. § 1245 A 1). Wegen des Einflusses der gerichtlichen Entscheidung auf den gutgläubigen Erwerb des Erstehers vgl. § 1245 A 5. Nach der Pfandveräußerung kann eine gerichtliche Entscheidung zur nachträglichen Rechtfertigung eines abweichenden Verkaufsverfahrens nicht ergehen (vgl. §§ 1244 A 3, 1245 A 6). § 1246 BGB und § 127 KO gelten nebeneinander.

§ 1247

Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes [1] [2] [3] [4].

E I 1183 II 1154; M 3 833, 834; P 3 482.

1. **Die Rechtsverhältnisse am Erlöse** sind dahin geregelt, daß der Erlös, soweit er nicht zur Befriedigung des Pfandgläubigers dient, an die Stelle des veräußerten Pfandes tritt. Die Rechtslage gestaltet sich verschieden, je nachdem der Erlös Barerlös ist oder nicht.

a) Barerlös. Nach der — zwingenden — Annahme des Gesetzes zieht der Pfandgläubiger den Erlös für sich ein, soweit er ihm gebührt, für die übrigen Berechtigten, soweit ihm darauf kein Recht zusteht. Sind daher dem Pfandgläubiger vorgehende Rechte an der Sache nicht vorhanden gewesen und reicht der Erlös nur gerade oder nicht einmal aus, um dem Pfandgläubiger für seine Forderung Befriedigung zu verschaffen, so wird der Pfandgläubiger mit der Einziehung sofort Eigentümer des ganzen Erlöses und gilt bis zu dessen Betrag als vom Eigentümer des Pfandes befriedigt. Sind durch den Erlös noch andere, ihm vorgehende oder nachgehende Pfandgläubiger gedeckt oder bleibt ein Überschuß für den Eigentümer, so wird der Pfandgläubiger mit der Einziehung des Erlöses daran Eigentümer, soweit seine Forderung hinter den vorgehenden gedeckt werden kann. Diese sind ihrem Betrage nach festzustellen; vgl. dazu wegen der Zinsen A 3 zu § 1210. Im übrigen erwirbt der Pfandgläubiger an dem Gelde durch die Einziehung Eigentum für den bisherigen Eigentümer des Pfandes (RG 63, 17), und insoweit dieses geschieht, bestehen an diesem Gelde auch die übrigen an der Sache durch den Verkauf erloschenen Pfandrechte. Der Pfandgläubiger erwirbt in solchem Falle Miteigentum am ganzen Erlöse für sich und den vormaligen Pfandeigentümer, wenn er den Erlös ungetrennt in einer Summe entgegennimmt, kann aber die Trennung jederzeit — auch durch Umwechseln — vornehmen. Dadurch scheiden sich die beiden Massen zu Alleineigentum des Pfandgläubigers und des vormaligen Pfandeigentümers mit der Folge, daß nun die Ersatzpfandrechte nur das dem letzteren gehörige Geld erfassen. Ist die Forderung des Pfandgläubigers, z. B. bei Pfandverkauf für Zinsen, im Augenblicke des Erlöses nur zum Teil fällig, so erlangt er das Eigentum an dem Erlöse durch dessen Einziehung für sich nur soweit, als die fällige Forderung zur Deckung kommt, im übrigen behält er für seine Forderung sein Pfandrecht an dem für den Pfandeigentümer erworbenen Erlösteil und kann sich bei späterem Eintritte der Fälligkeit daraus ohne weiteres befriedigen (vgl. § 1228 A 1). Ist der Pfandgläubiger ganz befriedigt oder wegen vorgehender Rechte ganz ausgefallen, hat er also kein Pfandrecht mehr an dem in seinem Besitze befindlichen Erlös oder Erlösteil, so können die übrigen Pfandgläubiger von ihm auf Grund ihres Pfandrechts, der Eigentümer auf Grund seines Eigentums, die Herausgabe verlangen. Ist ein an der veräußerten Pfandsache bestehender Nießbrauch bei der Veräußerung nicht bestehengeblieben, sondern erloschen (§ 1242 Abs 2), so besteht nunmehr der Nießbrauch an dem Erlöse, und es findet, da dieser aus verbrauchbaren Sachen besteht, § 1067 Anwendung. Der auf den Nießbrauch treffende Teil des Erlöses fällt darum dem Nießbraucher als Eigentum zu.— Wegen Anwendung des § 1247 Satz 2 auf einen Streit zwischen dem sich auf sein gesetzliches Pfandrecht stützenden Vermieter und einem Gläubiger

des Mieters, welcher die Pfandstücke aus dem vermieteten Grundstück weggeschafft und sie an einen gutgläubigen Dritten veräußert hatte, vgl. **RG** 119, 269.

b) Forderung als Erlös. Wird auf Grund besonderer Vereinbarung oder Bestimmung des Gerichts (§§ 1238, 1245, 1246) zulässigerweise das Pfand nicht gegen bar, sondern auf Borg verkauft oder der Kaufpreis nach dem Zuschlage gestundet oder nicht sofort erhoben, so wäre die Annahme möglich, daß bis zur Zahlung überhaupt noch kein Erlös vorhanden ist und die Folgen des § 1247 erst eintreten, wenn die Zahlung erfolgt. Der Gebrauch des Wortes „Erlös" zwingt indessen nicht zu dieser Annahme, die Rücksicht auf das Recht des Eigentümers und der übrigen Pfandgläubiger aber führen zu der Annahme, daß in diesem Falle die Kaufpreisforderung der „Erlös" ist. Demgemäß kommt dem Pfandgläubiger nur äußerlich die Stellung des Alleingläubigers der Kaufpreisforderung zu. Sachlich ist er Alleingläubiger nur soweit, als ihm der Erlös gebührt. Im übrigen ist der Eigentümer Mitgläubiger, und die Pfandrechte, die bisher an der veräußerten Pfandsache bestanden, bestehen nunmehr als Pfandrechte an der Erlösforderung. Man wird aber weiter anzunehmen haben, daß, wenn nicht anderes bestimmt ist, der Pfandgläubiger berufen ist, die Kaufpreisforderung bei Fälligkeit einzutreiben, und daß dann das Gezahlte wiederum an die Stelle der Forderung tritt, endgültig als Erlös gilt und als solcher nach § 1247 zu behandeln ist. Ist der Pfandgläubiger selbst der Ersteher, so ist nach § 1239 Abs 1 Satz 2 der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen, wenn ihm der Zuschlag erteilt ist. Dies hat zur unmittelbaren Folge, daß der Pfandgläubiger insoweit, als der Kaufpreis auf seine Pfandforderung fällt, als vom Eigentümer befriedigt gilt, im übrigen aber auf den Restkaufpreis Schuldner bleibt, und zwar Schuldner des Eigentümers, und daß an dieser Forderung nun die Pfandrechte bestehen, die vordem an der Pfandsache bestanden. Auch hier wird man anzunehmen haben, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, den Kaufpreis, soweit er ihm nicht ohnehin gebührt, mit der Wirkung an sich selbst zu zahlen, daß nunmehr das gezahlte Geld als endlicher Erlös an die Stelle des Pfandes tritt. Ganz gleich liegen im Innenverhältnisse unter den Pfandbeteiligten die Fälle, in denen der unbefugt gestundete Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen ist (vgl. §§ 1238 A 5, 1239 A 4).

2. Wegen der **Anwendung des § 1247 auf den Fall der unrechtmäßigen Veräußerung des Pfandes an einen gutgläubigen Erwerber** vgl. § 1244 A 2 und § 1243 A 1.

3. **Die entsprechende Anwendung des § 1247** auf den Verkauf eines gesetzlichen Pfandes ist in § 1257 vorgesehen. Auf die Rechtsverhältnisse des Erlöses aus der Verwirklichung des Pfändungspfandrechts im Wege der Zwangsvollstreckung finden die Vorschriften der ZPO, insbesondere ZPO §§ 819, 827 Anwendung. Dagegen bestimmen sich die Rechtsverhältnisse an dem Erlös einer Pfandsache, die nach § 1233 Abs 2 nach den Vorschriften für den Verkauf einer gepfändeten Sache veräußert ist, ausschließlich nach § 1247.

4. Nach Satz 1 ist es so anzusehen, als ob der Eigentümer die Forderung des Pfandgläubigers berichtigt hat, soweit diesem der Erlös gebührt. Eine weitere Rechtsfolge, wie in dem ähnlichen § 1143, ist daran nicht ausdrücklich geknüpft. Auch § 1249 Satz 2 trifft unmittelbar nicht zu, da er ein Befriedigen des Pfandgläubigers voraussetzt, das den Pfandverkauf vermeidet. Der **Übergang der Pfandforderung auf den Eigentümer** des verkauften Pfandes folgt aber aus § 1225, vgl. A 1 das. Neben der übergegangenen Forderung können dem Eigentümer etwaige Vertragsansprüche oder auch ein Bereicherungsanspruch zustehen.

§ 1248

[1] Bei dem Verkaufe des Pfandes [2] gilt zugunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist [3] [4] [5] [6].

E I 1195 II 1155; M 3 843; P 3 492—494.

1. **Unterstellung des Eigentums des Verpfänders.** Die Möglichkeit, daß der Verpfänder nicht Eigentümer des Pfandes ist, würde den Pfandgläubiger zwingen, im Pfandverkaufsverfahren, in dem er durch die §§ 1234, 1237, 1239, 1241, 1245, 1246 zu Willenserklärungen gegenüber dem Eigentümer veranlaßt ist, stets wieder die Frage zu prüfen, ob der Verpfänder auch der Eigentümer ist. § 1248 enthebt ihn dieser Prüfung. Der Pfandgläubiger soll sich, wenn er nicht vom Gegenteil Kenntnis hatte, darauf verlassen dürfen, daß der Verpfänder der Eigentümer ist; der Eigentümer muß sich zugunsten des Pfandgläubigers gefallen lassen, daß der Verpfänder als Eigentümer behandelt wird.

2. Nur **bei dem Verkaufe des Pfandes** gilt die Regel, nicht auch beim Erwerbe des Pfandrechts — für diesen gelten die Vorschriften der §§ 1207, 1208 —, auch nicht bei dem Erwerbe der Pfandsache aus dem Pfandverkaufe (§ 1239) — für diesen gilt § 1244, auch nicht bei der Rückgabe der Pfandsache; sie ist nach § 1223 an den Verpfänder zurückzugeben; erheben Verpfänder und Eigentümer Ansprüche auf Herausgabe (§§ 1223, 985), so muß sich der

Pfandgläubiger durch Streitverkündung sichern. Die Regel gilt also im Falle des § 1233 Abs 2; der verurteilte Verpfänder darf auch hier als der Eigentümer angesehen werden.

3. **Es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist.** Die Fassung ergibt, daß der Gegner des Pfandgläubigers dessen Kenntnis behaupten und beweisen muß. Nur die Kenntnis schließt den Schutz aus, nicht auch die grob fahrlässige Unkenntnis. Der Schutz steht ihm solange zur Seite, als er sich in Unkenntnis befindet. Er braucht also Mitteilungen, die er dem Verpfänder in der irrigen Meinung gemacht hat, dieser sei Eigentümer, später, wenn er erfährt, daß ein anderer Eigentümer war, diesem gegenüber nicht zu wiederholen. Weiß der Pfandgläubiger, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist, und verletzt er gleichwohl bei dem Pfandverkauf die zum Schutz des Eigentümers getroffenen Vorschriften, so macht er sich schadensersatzpflichtig — vorbehaltlich etwaiger Unrechtmäßigkeit des Verkaufs (§ 1243 Abs 1).

4. Die Schutzbestimmung wirkt nur **zugunsten** des Pfandgläubigers. Inwieweit der Verpfänder sich dem Pfandgläubiger gegenüber zugunsten der Behauptung seines Eigentums auf die Tatsache stützen kann, daß er Besitzer des Pfandes ist, ergibt § 1006.

5. Kraft § 1257 ist § 1248 auf den Fall des Verkaufs des gesetzlichen Pfandrechts **entsprechend anzuwenden;** auf das Pfändungspfandrecht leidet er keine Anwendung.

6. Vgl. auch die **ähnliche Bestimmung für den Nießbrauch** in § 1058.

§ 1249

[1]) **Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde [2]), kann den Pfandgläubiger befriedigen [3]), sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist [4]). Die Vorschriften des § 268 Abs 2, 3 finden entsprechende Anwendung [5]) [6]) [7]) [8]) [9]).**

E I 1161—1164 II 1156; M 3 815, 816; P 3 461, 462.

1. **Recht zur Einlösung oder Ablösung des Pfandes** vgl. § 268 (Einlösung in der Zwangsvollstreckung), § 1142 (Recht des Eigentümers zur Einlösung der Hypothek). Das Einlösungsrecht des § 1249 ist dinglicher Art. Auf seine Verletzung trifft § 823 Abs 1 zu (**RG** 83, 393).

2. **Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde.** In Betracht kommt in erster Reihe der Eigentümer des Pfandes. Er scheidet jedoch dann aus, wenn er der persönliche Schuldner ist. Denn durch dessen Zahlung erlischt die Forderung und damit das Pfandrecht (§ 1252). Der Pfandeigentümer, der zugleich Bürge ist und als solcher kein Einlösungsrecht hat (**RG** 53, 403), kann dagegen das Einlösungsrecht geltend machen, denn durch die Zahlung des Bürgen erlischt die Forderung gegen den Hauptschuldner nicht (§ 774). Sodann genießt das Recht des § 1249 jeder dinglich Berechtigte, auch wenn er für die Forderung mithaftet und durch die Zahlung zugleich seine eigene Schuld bezahlen will und bezahlt (**RG** 70, 409), namentlich aber der Nießbraucher, wenn er nicht an erster Stelle steht und also vor dem Erlöschen seines Rechtes durch die Pfandveräußerung nicht geschützt ist (§ 1242 Abs 2), endlich jeder andere Pfandgläubiger, mag er dem abzulösenden vorgehen oder nachgehen. Ob auch der Inhaber eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zur Ablösung befugt ist, bleibt zweifelhaft. Denn ein Recht „am Pfand" hat er strenggenommen nicht. Nicht einlösungsberechtigt ist — anders als nach § 268 Abs 1 — der Besitzer als solcher (**RG** 7. 10. 32 VII 73/32); auch der Eigentümer eines Grundstücks soll es nicht sein gegenüber dem Pfandrecht an einer darauf ruhenden Hypothek, weil deren Veräußerung ihm ein Recht nicht entziehen würde (**RG** JW 03 Beil 55[126]). Wer nur an einem Teil der Pfänder ein Recht hat, dessen Verlust droht, ist zur vollen Leistung verpflichtet, aber auch berechtigt; ihm sind sämtliche Pfänder auszuhändigen (**RG** 83, 391). Die in dieser Entscheidung offen gelassene Frage, ob unter den an den verschiedenen Pfändern Berechtigten eine Ausgleichspflicht besteht, hat OLG Hamburg (HansGZ 1920 Beibl 225) bejahend beantwortet und als Maßstab für den Ausgleich den Wert der verschiedenen Pfänder gewählt. Da auf den Einlösenden die gesicherte Forderung mit allen Pfandrechten übergeht (A 6), so könnte er sich aus allen Pfändern befriedigen und die übrigen Berechtigten hätten das Nachsehen. Ein Ausgleich muß hier geschaffen werden, damit es nicht zu einem Wettlauf um die begünstigte Stellung des Einlösenden kommt. Bedenklich aber ist die ausdehnende Anwendung dieser Grundsätze auf einen nicht hierher gehörigen Fall, wie sie JW 1931, 2751[9] versucht wird.

3. **Das Recht, den Pfandgläubiger zu befriedigen,** kann, abweichend von § 267, im Falle des § 1249 auch gegen den Widerspruch von Gläubiger und Schuldner ausgeübt werden (**RG** 83, 392).

4. **Sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.** Es ist weder vorausgesetzt, daß der Pfandverkauf schon angedroht oder im Gange ist, noch daß die Schuld fällig, also die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers eingetreten ist. Von Wichtigkeit ist dies dann, wenn eine Schuld vereinbarungsgemäß vor einem bestimmten Zeitpunkte nicht zurückverlangt, aber jederzeit freiwillig zurückgezahlt werden kann. Hiernach wird auch zu beantworten sein, ob eine Teilablösung

zulässig ist (§ 266). Ist die Zulässigkeit von Teilleistungen vereinbart oder handelt es sich wie bei Zinsen zu nichtfälliger Hauptforderung nicht um eigentliche Teilleistungen im Sinne des § 266, so ist auch die Teilablösung, mit dem Beding jedoch des Vorrechts des Pfandrechts für den Überrest, zulässig.

5. Wegen der **Befriedigung durch Hinterlegung oder Aufrechnung** vgl. §§ 1224, 268 Abs 2.

6. **Übergang der Forderung auf den Einlösenden** ist nach § 268 Abs 3 die Folge der Einlösung. Mit der Forderung aber geht auch ohne weiteres das Pfandrecht auf den Einlösenden über (§§ 401, 1250). Vgl. A 2 a. E.

7. **Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden,** also nicht derart, daß dabei ein anderes dem Gläubiger zustehendes Recht verloren geht (Zurückbehaltungsrecht), oder sonst Schaden entsteht (z. B. bei Geltendmachung, nachdem schon der Pfandverkauf stattgefunden und Verpflichtungen des Pfandgläubigers als Verkäufers begründet hat). Der dem Satz 2 des § 1249 zugrunde liegende Rechtsgedanke ist für entsprechend anwendbar erachtet worden auf das Verhältnis zwischen dem Armenanwalt und der Staatskasse, die ihn teilweise befriedigt hat, insoweit es sich dabei um das beiden zustehende Pfandrecht an einer bestellten Sicherheit handelt (**RG** 126, 182).

8. **Über das Recht des Verpfänders, den Pfandgläubiger zu befriedigen** und dagegen Herausgabe des Pfandes zu verlangen, vgl. § 1223 Abs 2. Der Einlösende hat den Zug-um-Zug-Anspruch nicht, er muß den Gläubiger erst befriedigen.

9. **Entsprechende Anwendung** auf das gesetzliche Pfandrecht ist in § 1257 bestimmt, entsprechende Anwendung auf das Recht der Haftung der zollpflichtigen Ware für die Zollschuld nach § 14 des Vereinszollgesetzes in der Rechtsprechung anerkannt (**RG** 67, 214; 70, 405; 135, 27). In der zuletzt genannten Entscheidung wird auch mit Recht ausgesprochen, daß das Konkursvorrecht des Staates mit auf die zahlende Privatperson übergeht.

§ 1250

Mit der Übertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden [1]).

Wird bei der Übertragung der Forderung der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht [2]) [3]).

E I 1186, 1190 II 1157; M 3 836—838; P 3 483, 487.

1. **Übergang des Pfandrechts.** Die schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 401, 412 werden für das Pfandrecht mit dinglicher Wirkung wiederholt. Hierbei zeigt sich die Unselbständigkeit des Pfandrechts (Akzessorietät). Das Pfandrecht kann überhaupt nicht selbständig übertragen werden. Der Übergang des Pfandrechts vollzieht sich ohne weiteres von Gesetzes wegen mit der Übertragung der Forderung, gleichviel ob diese selbst durch Rechtsgeschäft übertragen wird (§§ 398 ff.) oder kraft Gesetzes (§ 412) oder durch gerichtlichen Beschluß (Überweisung, ZPO § 835). Es bedarf, um den Übergang des Pfandrechts zu bewirken, nicht der Übertragung des Pfandbesitzes. Der gute Glaube des Erwerbers der Forderung an das Bestehen eines tatsächlich nicht vorhandenen Pfandrechts wird vom Gesetz nicht geschützt. Ein bestehendes Pfandrecht erwirbt er auch dann, wenn es nur kraft guten Glaubens des Pfandgläubigers entstanden ist, er selbst aber weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer war.

2. **Die Ausschließung des Übergangs des Pfandrechts** ist — anders als bei der Hypothek (§ 1153 Abs 2) — zulässig, sie kommt aber in ihrer Wirkung der Aufhebung des Pfandrechts gleich. Man wird daher den allgemeinen Grundsatz, daß es zur Aufhebung belasteter Rechte der Zustimmung des an ihnen Berechtigten bedarf, der auch für das Pfandrecht in § 1255 Abs 2 Anerkennung gefunden hat, auch hier anwenden und für den Fall, daß das Pfandrecht, dessen Mitübergang ausgeschlossen werden soll, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung dieses Dritten für erforderlich erklären müssen. Mangels der Zustimmung ist die Ausschließung des Übergangs des Pfandrechts unwirksam und das Pfandrecht geht mit über. Während die Ausschließung des Übergangs des Pfandrechts Erlöschen des Rechtes zur Folge hat, tritt eine solche Folge dann nicht ein, wenn sich der bisherige Pfandgläubiger — wie er wenigstens mit Wirkung gegenüber dem Erwerber der Forderung kann — lediglich den Besitz des Pfandes vorbehält. Nicht ausgeschlossen wird auch der Übergang des Pfandrechts, wenn jemand die Forderung abtritt, sich aber vorbehält, die Verwertung eines Pfandes weiterzubetreiben und den Erlös zur Deckung der abgetretenen Forderung für eigene Rechnung zu verwenden; in einem solchen Falle wird vielmehr die Abtretung beschränkt auf den aus dem Pfande nicht zu deckenden Teil der Forderung (**RG** 135, 273).

3. **Nicht anwendbar** ist § 1250 und ebenso § 401, wenn nicht ein Pfand bestellt, sondern eine

Sicherungsübereignung vorgenommen worden ist. Eine zur Sicherheit abgetretene Grundschuld z. B. bleibt selbständiges Recht, wird nicht Nebenrecht im Sinne der oben angezogenen Vorschriften (RG 135, 274).

§ 1251

Der neue Pfandgläubiger kann von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen [1]).

Mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger an Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder ein [2]). Erfüllt er die Verpflichtungen nicht, so haftet für den von ihm zu ersetzenden Schaden der bisherige Pfandgläubiger wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat [3]). Die Haftung des bisherigen Pfandgläubigers tritt nicht ein, wenn die Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Pfandgläubiger übergeht oder ihm auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung abgetreten wird [4]).

E I 1187 II 1158; M 3 837, 838; P 3 483—485.

1. **Anspruch des neuen Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes.** Die Vorschrift entspricht den §§ 1227, 985. Der Anspruch geht nicht stets und notwendigerweise auf Verschaffung des unmittelbaren Besitzes. Der neue Pfandgläubiger wird vielmehr vom bisherigen keinen andern Besitz verlangen können, als dieser selbst vom Verpfänder eingeräumt erhalten hat und übertragen kann, also nur mittelbaren Besitz, wenn der bisherige Gläubiger das Pfand nach § 1205 Abs 2 bestellt erhalten hat, nur die Einräumung des Mitbesitzes und Mitverschlusses im Falle des § 1206. Der neue Pfandgläubiger wird aber auch, wenn das Pfand gemäß § 1217 hinterlegt oder in Verwahrung gegeben ist, vom bisherigen Pfandgläubiger nicht mehr beanspruchen können, als daß dieser ihm gegenüber der Hinterlegungsstelle oder dem Verwahrer die gleiche Stellung einräumt, wie er sie bis dahin besessen hat.

2. **Eintritt des neuen Pfandgläubigers in die Verpflichtungen des bisherigen.** Es handelt sich um die Verpflichtungen, die dem bisherigen Pfandgläubiger aus dem Pfandbestellungsvertrage persönlich erwachsen sind, nämlich die Pflicht zur Verwahrung des Pfandes, zur Sorge für die Gewinnung der Nutzungen des Nutzungspfandes, die Pflicht zur Rückgabe des Pfandes (§§ 1214, 1215, 1223). Ihrer wird der bisherige Pfandgläubiger durch den Übergang des Pfandrechts auf den neuen Gläubiger nicht ohne weiteres ledig. Sie gehen aber von Gesetzes wegen auf den neuen Pfandgläubiger von dem Augenblick an über, in dem er den (mittelbaren oder unmittelbaren) Besitz des Pfandes erlangt. Streit ist darüber, ob der neue Pfandgläubiger auch in die Rechtslage eintritt, in die sich der bisherige durch hartnäckige Verletzung der Rechte des Verpfänders gebracht hat. Darüber, daß die erwachsenen Schadensersatzansprüche nur den Schadenszufüger persönlich treffen, ist man einig, nicht aber darüber, ob § 1217 auf Grund der Verfehlungen des früheren Pfandgläubigers gegen den neuen angewendet werden kann. Man wird unterscheiden müssen: Sofern schon dem § 1217 zufolge das Pfand hinterlegt oder einem Verwahrer übergeben ist, liegt ein fertiger Dauerzustand vor, mit dessen Fortbestand sich der neue Pfandgläubiger bei seinem Erwerbe begnügen muß. Wie er vom bisherigen Pfandgläubiger nicht eine Beseitigung dieses Zustandes und Verschaffung des unmittelbaren Besitzes verlangen kann (vgl. A 1), so hat er auch gegen den Verpfänder keinen Anspruch auf eine Änderung. Sofern jedoch eine Änderung des Besitzstandes bei dem früheren Pfandgläubiger bis zur Erlangung des Besitzes durch den neuen noch nicht eingetreten ist, kann dieser auf Grund des § 1217 zur Hinterlegung oder Ablieferung an einen Verwahrer nur dann angehalten werden, wenn e r s e l b s t sich Verletzungen der in § 1217 bezeichneten Art hat zuschulden kommen lassen. Denn der Anspruch aus § 1217 beruht auf der persönlichen Vertrauensunwürdigkeit des Pfandgläubigers und ist deshalb seiner Art nach eines Übergangs von einem auf den andern nicht fähig.

3. **Die gesetzliche Bürgschaft des bisherigen Pfandgläubigers für die Schadensersatzverbindlichkeit des neuen** (vgl. §§ 767 ff.) besteht nur gegenüber dem Verpfänder, nicht gegenüber dem davon verschiedenen Eigentümer. Der bisherige Pfandgläubiger kann sich dieser Verpflichtung dadurch entziehen, daß er sich den Besitz des Pfandes vorbehält (vgl. § 1250 A 2).

4. **Der Ausschluß der Haftung** beruht auf Billigkeitsgründen, weil in den aufgeführten Fällen dem Pfandgläubiger die Forderung mit dem Pfandrecht schlechthin entzogen wird, ohne daß er sich auch nur den Pfandbesitz vorbehalten kann. Wird die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung in der Zwangsvollstreckung überwiesen (§ 835 ZPO), so haftet der bisherige Pfandgläubiger, doch steht ihm die Einrede aus § 838 ZPO zur Seite.

§ 1252

Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht [1—7]).

E I 1192 II 1159; M 3 840, 841; P 3 490, 491.

1. Erlöschen des Pfandrechts. In den §§ 1252, 1253, 1255, 1256 sind nicht alle Fälle des Erlöschens des Pfandrechts behandelt. In Betracht kommt außerdem noch als Erlöschungsgrund der Untergang der Pfandsache (**RG** 13. 2. 06 VII 238/05; **RG** 96, 185), so z. B. auch das Erlöschen einer Hypothek, an der ein Pfandrecht bestand, durch Zwangsversteigerung, das Erlöschen in den Fällen der Verarbeitung, Verbindung, Vermischung der Pfandsache (§§ 949, 950), das Erlöschen durch die Veräußerung des Pfandes beim Pfandverkauf (§ 1242 Abs 2), das Erlöschen im Falle des Fundes (§ 973), im Falle der Ersitzung (§ 945) u. a. m. Dauernde Wertlosigkeit einer Aktie steht ihrem Untergang rechtlich gleich (**RG** 96, 185).

2. Erlöschen mit der Forderung. Die Regel kennt keine Ausnahme. Eine Ausnahme liegt insbesondere darin nicht, daß bei Bestellung des Pfandrechts für die Forderungen aus einer Geschäftsverbindung (Kontokorrent) oder in ähnlichen Fällen das Pfand trotz der Begleichung einzelner Forderungen, ja selbst nach Begleichung aller Forderungen forthaftet. In Wirklichkeit erlischt hier das Pfandrecht für die einzelnen entstandenen Forderungen mit deren Erlöschen und es besteht dann nur noch das Pfandrecht für die künftig entstehenden. Das gleiche gilt auch für den Fall, daß ein Pfandrecht für eine Forderung und die bei deren Erlöschen (z. B. durch Unmöglichwerden der Leistung) an ihre Stelle tretende Ersatzforderung bestellt ist. Ist der Pfandverkauf unrechtmäßig (§ 1243 Abs 1), so erlischt die Forderung und damit auch das Pfandrecht nicht. In der Mitteilung des Pfandgläubigers an den Schuldner, die Forderung sei erloschen, liegt dann nur das Angebot, das Erlöschen anzuerkennen. Widerspricht der Schuldner und beanstandet er den Pfandverkauf, so lehnt er das Angebot ab (**RG** LZ 1921, 380). — Eine Forderung, die erst künftig entstehen soll, ist erloschen, sobald feststeht, daß sie nicht mehr entstehen kann. Wird eine durch Arrestpfändung gesicherte Forderung rechtskräftig abgewiesen, so erlischt das Arrestpfandrecht, ohne daß der Arrestbefehl aufgehoben zu werden brauchte (**RG** 71, 311).

3. Die **verjährte Forderung** ist nicht erloschen. Das für sie bestellte Pfandrecht bleibt daher bestehen (§ 223). Der besonderen Ausnahmebestimmung zufolge erlischt jedoch das Pfandrecht für verjährte Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen (§ 223 Abs 3).

4. Ein **Wiederaufleben der Forderung,** wenn solches nach dem Gesetze mit rückwirkender Kraft derart stattfindet, daß das Erlöschen als nicht erfolgt zu gelten hat, erstreckt sich in seiner Wirkung auch auf das Pfandrecht. So, wenn die zur Befriedigung des Gläubigers gemachte Zahlung später mit Erfolg angefochten und zurückgewährt worden ist (**RG** 3, 208).

5. Beweislast. Das Erlöschen der Forderung hat derjenige zu behaupten und zu beweisen, der das Erlöschen des Pfandrechts geltend macht.

6. Übergangsrecht. Hatte ein vor dem Inkrafttreten des BGB entstandenes Pfandrecht nach dem damals maßgebenden Rechte den Inhalt, daß es auch ohne Forderung bestehen und fortbestehen konnte, so findet, auch wenn das Erlöschen der Forderung nach dem Inkrafttreten des BGB erfolgt, § 1252 auf dieses Pfandrecht keine Anwendung (EG Art 184, **RG** JW 02 Beil 170).

7. Sonderrecht. Die Osthilfedurchführungsverordnung vom 12. 3. 32 (RGBl I 130) bestimmt in § 6: Werden Forderungen von Gläubigern eines landwirtschaftlichen Betriebs im Entschuldungsplan herabgesetzt, so werden durch die Herabsetzung nicht berührt die Rechte der Gläubiger aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, sofern dieses nicht von dem Betriebsinhaber, sondern von einer andern Seite bestellt ist.

§ 1253

[1]) **Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt [2—4]). Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam.**

Ist das Pfand im Besitze des Verpfänders oder des Eigentümers, so wird vermutet, daß das Pfand ihm von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden sei [5]). Diese Vermutung gilt auch dann, wenn sich das Pfand im Besitz eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigentümer erlangt hat [6]).

E I 1191 II 1160; M 3 839, 840; P 3 487—490.

1. Rückgabe des Pfandes als Erlöschungsgrund. Die Vorschrift hat ihren rechtlichen Grund darin, daß das Gesetz eine Pfandrechtsbestellung unter Besitzvorbehalt (§ 930) abgelehnt hat. Deshalb läßt schon die Tatsache der Rückgabe des Pfandes das Pfandrecht erlöschen, ohne daß es der Vermutung eines durch die Rückgabe erklärten Verzichts auf das Pfandrecht (vgl. § 1255)

bedarf (RG 57, 325; Warn 1912 Nr 261). Aus demselben Grunde muß auch der **Vorbehalt** der Fortdauer des Pfandrechts unwirksam bleiben. Sonst würde auf diesem Wege ein Pfandrecht unter Besitzvorbehalt entstehen können. Das Gesetz sieht vom Zwecke der Rückgabe vollkommen ab. Die Wirkung des § 1253 tritt ein, auch wenn das Pfand ernstlich nur leihweise zurückgegeben wird oder wenn Kuxe dem Verpfänder wieder ausgehändigt werden, damit er sie bei dem Grubenvorstand auf seinen Namen umschreiben läßt (RG 26. 10. 15 III 125/15), oder wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder in Verwahrung gibt (RG 1. 4. 24 VII 376/23). Ebenso tritt sie ein, wenn die Rückgabe infolge Irrtums im Beweggrund, infolge arglistiger Täuschung durch den Schuldner, den Verpfänder oder den Eigentümer erfolgt ist — all das unbeschadet der Pflicht des Schadenstifters oder Bereicherten, das Pfand von neuem zu bestellen oder Ersatz zu leisten (RG JW 1912, 459[6]). Immer aber ist der Wille der Besitzüberlassung an den Verpfänder erforderlich (RG JW 1912, 911[7]). Er ist nicht vorhanden, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Pfandschuldner als Vertreter eines anderen Gläubigers herausgibt, dem ein Zweitpfandrecht bestellt werden soll, und dieser dann das Pfand zugleich für den Erstpfandgläubiger in Besitz nimmt (RG 18. 4. 13 VII 10/13), oder wenn ein Pfleger minderjähriger Kinder, denen der Vater Hypotheken verpfändet hat, die Briefe dem Vater zur Aufbewahrung für die Kinder zurückgibt. Keine Ausnahme besteht für im Schiffsregister eingetragene **Schiffe.** Der Werkunternehmer, welcher das Schiff ausgebessert hat, verliert mit der Rückgabe sein nach § 647 entstandenes Pfandrecht (RG 134, 119; die abweichende Ansicht RG 108, 163ff. ist aufgegeben worden, vgl. A 1 zu § 1266). Ist ein Pfand zurückgegeben worden, weil man annahm die Forderung sei durch die Papiermarkzahlung erloschen, lebt die Forderung später kraft Aufwertungsrechts wieder auf, so ist und bleibt das Pfandrecht erloschen (RG JW 1929, 2514[8]). Aber ein Anspruch auf Neubestellung des Pfandrechts ist anzuerkennen (JW 1931, 544[1]).

Die Rückgabe ist Wiedereinräumung des Alleinbesitzes, Übergabe an den, der früher schon besaß. Es greifen daher für sie alle die Grundsätze Platz, die für die Übergabe in § 1205 A 5 entwickelt sind. Vgl. auch § 1223 A 1. Gleichgültig ist, ob der wiedereingeräumte Alleinbesitz mittelbarer oder unmittelbarer Besitz ist. Auch der Fortfall beschränkenden Mitbesitzes des Pfandgläubigers genügt (RG 92, 267). Einer Rückgabe des Pfandes steht es gleich, wenn der Pfandgläubiger gestattet, daß die verpfändete Sache durch den Verpfänder fortgenommen wird, und das auch geschieht (RG 67, 423). Die Rückgabe eines Pfandes, das ein Dritter für den Pfandgläubiger oder für diesen und den Verpfänder zusammen verwahrt, kann in der Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder liegen, daß nunmehr der letztere allein den Anspruch auf Herausgabe haben soll, und in der Anweisung des Pfandgläubigers an den Verwahrer, nun an den Verpfänder allein herauszugeben, die „Rückgabe" einer im Mitverschlusse des Pfandgläubigers und des Verpfänders befindlichen Sache darin, daß der Pfandgläubiger seinen Schlüssel dem Verpfänder überläßt. Immer aber muß es sich um eine wirkliche Besitzüberlassung handeln (RGSt 48, 244). Der Pfandgläubiger muß den Besitz der Pfandsache aufgegeben und sie mit dem Willen der Besitzüberlassung dem Verpfänder hingegeben und dieser muß sie in Besitz genommen haben (RG Warn 1912 Nr 261, 394; 1914 Nr 58). Erhält der Verpfänder oder Eigentümer die Pfandsache nur in der Eigenschaft eines Besitzdieners des Pfandgläubigers, so erlischt, vorausgesetzt, daß wirklich ein ernstliches und echtes Besitzdienerverhältnis nach § 855 vorliegt, das Pfandrecht nicht. So ist es möglich, daß der Pfandgläubiger den Verpfänder als Angestellten zum Verkaufe der verpfändeten Sachen verwendet, ohne dadurch sein Pfandrecht zu verlieren. Wird das Pfand ohne Zustimmung des Pfandgläubigers zurückgegeben, so besteht das Pfandrecht ausnahmsweise trotz fehlenden Besitzes und fehlender Erkennbarkeit weiter (RG 57, 325; Warn 1914 Nr 58). Trotz fortdauernden Besitzes erlischt das Pfandrecht, wenn der Pfandbesitz nur für einen bestimmten Zeitabschnitt übertragen war und der Pfandgläubiger das Pfand vertragswidrig länger zurückbehält (RG 31. 3. 14 VII 8/14).

2. Das Pfandrecht erlischt sowohl bei Rückgabe **an den Eigentümer** als auch bei Rückgabe **an den Verpfänder,** und zwar in letzterem Falle selbst dann, wenn der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht Eigentümer ist. Hat aber der Verpfänder, der auch Eigentümer war, nach der Verpfändung die Pfandsache einem anderen übereignet und davon den Pfandgläubiger in Kenntnis gesetzt, so wird er auch als Verpfänder im Sinne des § 1253 nicht mehr in Betracht kommen können. Die Rückgabe braucht nicht an den Verpfänder oder Eigentümer selbst zu erfolgen. Das Pfandrecht erlischt auch, wenn das Pfand statt an ihn auf seine Anweisung oder mit seiner Zustimmung für ihn an einen Dritten ausgehändigt wird (RG 92, 267; 108, 164; JW 1912, 459[6]). Hierhin gehört aber nicht der Fall, daß der Pfandgläubiger die Pfandsache, die für einen andern Gläubiger des Schuldners gepfändet wurde, an den von diesem Pfändungspfandgläubiger beauftragten Gerichtsvollzieher zur Versteigerung gegen Anerkennung seines Rechtes auf vorzugsweise Befriedigung herausgibt (RG Recht 1921 Nr 104).

3. **Rückgabe im Wege der Zwangsvollstreckung.** Nimmt der Gerichtsvollzieher nach ZPO § 883 das Pfand dem Pfandgläubiger weg und übergibt es dem Verpfänder oder Eigentümer, so steht dies der Rückgabe gleich.

4. Gibt der Verpfänder oder Eigentümer die ihm vom Pfandgläubiger zurückgegebenen

Pfandsachen dem Pfandgläubiger wiederum zurück (z. B. wenn er sie geliehen erhalten hatte), so führt dies nicht zum **Wiederaufleben des Pfandrechts.** Es kann und wird sehr häufig aber darin eine neuerliche Bestellung des Pfandrechts liegen. Dies selbst dann, wenn etwa der Verpfänder und Pfandgläubiger irrtümlich angenommen haben sollten, daß das frühere Pfandrecht nicht erloschen sei. Denn beide Teile werden in solchen Fällen bei der Rückgabe an den Pfandgläubiger darüber einig sein, daß ihm das Pfandrecht zustehen soll. Bedenklich hiernach **RG** 1. 4. 24 VII 376/23; A hatte eine ihm gehörige Sache dem B in Pfand, dieser sie später dem A in Verwahrung gegeben; der Klage des B auf Herausgabe der verwahrten Sache begegnete A mit dem Hinweis auf sein Eigentum an der Sache und der Behauptung, daß die Pfandschuld schon getilgt sei; es ist angenommen worden, daß — vorbehaltlich des Beweises der angeblichen Tilgung — das Pfandrecht des B wiederaufleben würde, wenn B auf Grund seines Anspruchs als Verwahrer, also ohne Neubestellung des Pfandrechts, wieder in den Besitz der Sache gelangte.

5. Die **Vermutung** ist durch Gegenbeweis **entkräftbar.** Der Umstand, daß der Verpfänder nach der Verpfändung zeitweilig das Pfand in Händen hatte, begründet, wenn er es nicht mehr hat, die Vermutung nicht. Die Beweislast für das Zurückgeben obliegt also in solchem Falle dem, der das Erlöschen des Pfandrechts behauptet (**RG** JW 1912, 911[7]).

6. Entsprechende Anwendung finden die Vorschriften des § 1253 auf das gesetzliche Pfandrecht (§ 1257), soweit dieses den Besitz des Pfandgläubigers voraussetzt. Sie finden aber auch entsprechende Anwendung auf das Pfändungspfandrecht. Das Pfandrecht erlischt also, wenn der Schuldner die von dem Gerichtsvollzieher in Gewahrsam genommenen Sachen von dem Gläubiger oder dem für ihn tätigen Gerichtsvollzieher zurückerhält. In der Rechtsprechung ist weiterhin angenommen, daß die Wegnahme der Pfandzeichen von den nach ZPO § 808 im Gewahrsam des Schuldners belassenen gepfändeten Gegenständen durch den Gläubiger und die Einwilligung des Gläubigers zur Wegnahme der Rückgabe des Pfandes im Sinne des § 1253 gleichstehen und zum Erlöschen des Pfandrechts führen (**RG** 57, 323).

§ 1254

Steht dem Pfandrecht eine Einrede entgegen [1], durch welche die Geltendmachung des Pfandrechts dauernd ausgeschlossen wird, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes verlangen [2]. Das gleiche Recht hat der Eigentümer [3] [4] [5].

E I 1192 II 1161; M 3 841; P 3 490—492.

1. Dem Pfandrecht entgegenstehende Einreden sind einmal solche Einreden, die sich nur auf das Pfandrecht, nicht auch auf die gesicherte Forderung beziehen, sodann aber auch solche Einreden, die gegen die Forderung bestehen, soweit sie nach § 1211 vom Verpfänder gegen den Pfandgläubiger geltend gemacht werden können. Nicht entgegensteht dem Pfandrechte die Einrede der Verjährung der Forderung nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 223. Daß die Einreden vom persönlichen Schuldner geltend gemacht sind, ist nicht Voraussetzung des § 1254. Selbst der Verzicht des persönlichen Schuldners entzieht die Einrede dem Verpfänder nicht (§ 1211 Abs 2).

2. Die Klage auf Rückgabe des Pfandes ist vom Verpfänder mit der Behauptung zu stützen, daß der Geltendmachung des Pfandrechts eine persönliche Einrede entgegensteht. Der Verpfänder trägt dafür die Beweislast. Das Pfandrecht erlischt erst mit der Rückgabe des Pfandes nach § 1253.

3. Dem **Eigentümer** stehen kraft des § 1254 dieselben persönlichen Einreden gegen das Pfandrecht zu wie dem Verpfänder. Er kann also insbesondere auch den § 1211 und mit ihm die dort dem Verpfänder gegebenen Einreden des Schuldners geltend machen. Seine Prozeßlage ist gegenüber der des Verpfänders insofern günstiger, als er zunächst nur sein Eigentum zu behaupten und zu beweisen hat und abwarten kann, ob der Pfandgläubiger ihm sein Pfandrecht entgegenhält und beweist. Geschieht aber dies, so kommt der Eigentümer auch im Rechtsstreit in die gleiche Lage wie der Verpfänder; denn nun hat er ebenfalls zu behaupten und zu beweisen, daß die persönliche Einrede gegen das Pfandrecht besteht. Verlangen beide Berechtigte, Eigentümer und Verpfänder, die Herausgabe, so kann der Pfandgläubiger nach seinem Belieben an jeden von ihnen leisten (§ 428). Nachstehenden Pfandgläubigern gewährt § 1254 kein Recht.

4. Vgl. auch § 1169 und die Bemerkungen dazu.

5. Verhältnis der Rechte des Verpfänders und des Eigentümers zueinander. Hat der Verpfänder dem Eigentümer gegenüber ein Recht zum Besitz, z. B. als Nießbraucher, so kann der Verpfänder Herausgabe an sich selbst, der Eigentümer nur Herausgabe an den Verpfänder fordern, es sei denn, daß dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will. Fehlt dem Verpfänder das Recht zum Besitz, so kann er Herausgabe nur an den Eigentümer, der Eigentümer aber Herausgabe an sich selbst verlangen. Das ergibt sich aus § 986.

§ 1255

[1]) **Zur Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer [2]), daß er das Pfandrecht aufgebe.**

Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist die Zustimmung des Dritten [3]) erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

E I 1189 II 1162; M 3 838; P 3 487.

1. **Erlöschen des Pfandrechts durch Verzicht.** Das Pfandrecht erlischt schon durch einseitige Verzichtserklärung. Es bedarf nicht der Annahme des Verzichts, keines Verzichtsvertrags. Das Pfandrecht erlischt durch die Erklärung selbst gegen den Willen des Verpfänders oder Eigentümers. Auch der Rückgabe bedarf es nicht. Erfolgt die Rückgabe zum Zwecke der Aufhebung des Pfandrechts, so erlischt dieses nach § 1253. Scheitert aber der Versuch der zu diesem Zweck unternommenen Rückgabe an der Annahmeweigerung des Verpfänders oder Eigentümers, so kann in dem Versuch der Rückgabe eine rechtsgeschäftliche Aufhebung des Pfandrechts durch einseitigen Verzicht liegen. Auf das Pfändungspfandrecht ist § 1255 entsprechend anwendbar. — Nach § 193 Satz 2 KO wird das Recht des Gläubigers aus einem für seine Forderung bestehenden Pfandrecht durch den Zwangsvergleich nicht berührt. Da die Vorschrift aber nachgiebigen Rechts ist (RG 77, 403; JW 1906, 205; 1910, 29; 1914, 77), kann der Gläubiger auf den die Vergleichssumme übersteigenden Betrag und zugleich auf das Geltendmachen des Absonderungsrechts verzichten (RG 21. 3. 30 VII 400/29).

2. **Gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer.** Die Erklärung gegenüber dem Verpfänder wirkt selbst dann, wenn der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist.

3. **Zustimmung des Dritten.** Abweichend von den §§ 182—184 ist bestimmt, daß die Zustimmung unwiderruflich ist und nur gegenüber dem Begünstigten erklärt werden kann. Über entsprechende Anwendung des § 1255 Abs 2 auf den Fall des Ausschlusses des Übergangs des Pfandrechts vgl. § 1250 A 2. Der Pfandgläubiger kann die Vorschrift des § 1255 dadurch umgehen, daß er das Pfand zurückgibt (§ 1253). Die Rückgabe kann jedoch Schadensersatzansprüche und Bereicherungsansprüche des Dritten begründen.

§ 1256

Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft [1]). Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist [2]).

Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen [3]), soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat [4]) [5]).

E I 1193 II 1163; M 3 842; P 3 492.

1. Das **Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigentum** kann dadurch erfolgen, daß der Eigentümer des Pfandes die Forderung erwirbt, oder dadurch, daß der Pfandgläubiger das Eigentum des Pfandes erlangt.

2. Das **Recht des Dritten** hindert das Erlöschen des Pfandrechts auch dann, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen, es hindert das Erlöschen aber stets nur auf Zeit; das Pfandrecht erlischt in diesem Falle in dem Augenblick, in dem das Recht des Dritten in Wegfall kommt, sofern sich in diesem Zeitpunkt Eigentum und Pfandrecht noch vereinigt finden.

3. Das **Pfandrecht gilt als nicht erloschen,** d. h. es ist zwar erloschen, aber es ist, insoweit als das geschützte Interesse des Eigentümers vorhanden ist, so zu behandeln, als ob es nicht erloschen wäre (unechtes Eigentümerpfandrecht). Ein Recht zum Pfandverkauf hat der Eigentümer trotzdem nicht. Vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Person, so ist Abs 2 unanwendbar. Die Forderung geht unter, ohne sie kann das Pfandrecht nicht bestehen.

4. **Rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts** kann der Eigentümer dann haben, wenn nach dem Pfandrechte, das durch die Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht erlöschen soll, noch weitere Rechte (Nießbrauch, Pfandrecht) an der Pfandsache bestehen. Denn diese würden beim Erlöschen des vorgehenden Pfandrechts vorrücken und auf Kosten der Aussichten des Eigentümers bessere Aussichten auf Deckung beim Pfandverkaufe haben (RG Warn 1914 Nr 98). Das Interesse des Eigentümers kann auch darin bestehen, daß er die Forderung mit dem vorgehenden Pfandrecht übertragen will.

5. Zu **entsprechender Anwendung** gelangt die Vorschrift des § 1256, wenn zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Schiffspfandrechts eine Vormerkung im Schiffsregister eingetragen ist (vgl. § 1266 und Josef in HoldheimsMSchr 1919, 122).

§ 1257

Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung [1–3]).

E II 1164.

1. Kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht, gesetzliches Pfandrecht. Dahin zählen insbesondere die gesetzlichen Pfandrechte des BGB: das des Vermieters (§ 559), das des Verpächters und des Pächters (§§ 585, 590), des Gastwirts (§ 704), des Werkunternehmers (§ 647) — auch wenn es an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe besteht (**RG** 108, 163; 134, 118) — und die bei der Hinterlegung entstehenden gesetzlichen Pfandrechte (§ 233); ferner die gesetzlichen Pfandrechte des HGB, nämlich das des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers (§§ 397, 410, 421, 440), des Seeverfrachters (§§ 623, 674), der Seeschiffsgläubiger (§ 755) und die gesetzlichen Pfandrechte für Havariebeiträge (§§ 725, 731) und für Bergungs- und Hilfekosten (§ 751), endlich die auf anderen Gesetzen beruhenden Pfandrechte, wie die gesetzlichen Pfandrechte der Binnenschiffsgläubiger nach BinnenSchG §§ 102, 103, der Lieferanten von Dünger und Saatgut an den Früchten des Grundstücks, auch an den noch nicht von dem Grundstück getrennten, nach den Verordnungen des Reichspräsidenten vom 23. 1. 32 (RGBl I 32) und vom 19. 1. 33 (RGBl I 23) und dem Gesetz vom 20. 12. 33 (RGBl I 1095), der Gläubiger von Gräserkrediten an dem daraus beschafften Weidevieh nach dem Gesetz vom 28. 3. 34 (RGBl I 254); vgl. zu diesen Vorschriften § 1204 A 2 und § 1228 A 4. Auch die Haftung der zollpflichtigen Ware für den darauf ruhenden Zoll (Vereinszollgesetz vom 1. 7. 69 §§ 14, 100) ist von der Rechtsprechung als Ausfluß eines gesetzlichen Pfandrechts angesehen worden (**RG** 67, 214; 70, 405). Nach dem Willen der Beteiligten im einzelnen Falle ist zu entscheiden, ob darin, daß der Eigentümer die dem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Sachen dem Pfandgläubiger übergibt, eine Aufhebung des gesetzlichen Pfandrechts und Neubestellung eines Vertragspfandrechts liegt oder nur die Besitzübertragung zur Verwirklichung des gesetzlichen Pfandrechts.

2. Entsprechende Anwendung der Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht. Streit ist darüber, ob nach § 1257 alle Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht auf das gesetzliche entsprechend anzuwenden sind oder nur die Vorschriften über das schon bestehende rechtsgeschäftliche Pfandrecht, nicht auch die Vorschriften über die Entstehung des Pfandrechts, zu denen insbesondere auch die Vorschriften über den Erwerb vom Unberechtigten auf Grund des guten Glaubens gehören. Überwiegend wird mit Rücksicht auf die Fassung des § 1257 die weitergehende Meinung verneint. Dem ist beizutreten (**RG** 108, 165; 7. 7. 16 VII 138/16; LZ 1931, 1061). Für den Rang eines gesetzlichen Pfandrechts, sei es im Verhältnis zu anderen gesetzlichen, sei es im Verhältnis zu anderen Vertragspfandrechten, ist also, soweit die Rangverhältnisse nicht besonders geregelt sind, lediglich die Zeit der Entstehung maßgebend (§ 1209). Eine besondere Regelung ist enthalten in den §§ 2 Abs 2 und 3 der VO vom 23. 1. 32, der VO vom 19. 1. 33 und dem Gesetz vom 20. 12. 33, siehe oben A 1. — § 1208 ist unanwendbar (**RG** 26. 10. 04 I 258/04). Zu beachten ist jedoch, daß § 1257 zwar die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das bestellte Pfandrecht gebietet, dadurch aber nicht zugleich die entsprechende Anwendung der übrigen Vorschriften verbietet. Die im BGB unausgesprochen enthaltene allgemeine Ermächtigung und Anweisung, beim Fehlen einer Gesetzesvorschrift für ein zu beurteilendes Rechtsverhältnis die für ähnliche Verhältnisse bestehenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, gestattet und erheischt unter Umständen die entsprechende Anwendung von Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht auch außerhalb des Rahmens des § 1257.

Aus der Anordnung der entsprechenden Anwendung ergibt sich ferner, daß die Anwendung nur stattzufinden hat, wenn sie nach der Rechts- und Sachlage des einzelnen Falles möglich ist. Die Anwendung ist deshalb zunächst hinsichtlich aller der Verhältnisse ausgeschlossen, für die bei dem einzelnen gesetzlichen Pfandrechte Sondervorschriften bestehen. Denn diese gehen vor. So müssen die Vorschriften des BGB über das Erlöschen des durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechts durch Rückgabe des Pfandes an den Eigentümer (§ 1253) vor den Vorschriften des HGB über die Fortdauer des Pfandrechts des Frachtführers am Gute nach der Ablieferung zurücktreten. Dasselbe gilt in den Fällen, in denen die abweichende Vorschrift für das einzelne gesetzliche Pfandrecht nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, aber sich aus seiner Art ergibt. So kann die Vorschrift über die Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Verwahrung des Pfandes (§ 1215) auf alle diejenigen Fälle des gesetzlichen Pfandrechts nicht angewendet werden, in denen der Schuldner und Pfandeigentümer im unmittelbaren Besitze des Pfandes bleibt oder doch der Pfandgläubiger nicht den Besitz hat (**RG** 24. 2. 06 I 409/05; **RG** 18. 10. 12 VII 219/12). Dies gilt z. B. für das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters im Gegensatze zu dem des Pächters.

3. Das Pfändungspfandrecht ist kein gesetzliches Pfandrecht nach § 1257. Es entsteht nicht allein durch das Gesetz ohne einen darauf gerichteten Willensakt, sondern durch die Pfändung,

eine auf die Entstehung von Rechten gerichtete Handlung, ein Rechtsgeschäft, das aber auf dem Gebiete des Verfahrens liegt. Über seine Wirkungen bestimmt in erster Linie die ZPO; soweit deren Bestimmungen nicht entgegenstehen, sind die pfandrechtlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts anwendbar (RG 97, 40; 108, 320; 114, 386; Warn 1912 Nr 294; 1913 Nr 30).

§ 1258

[1]) **Besteht ein Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der Pfandgläubiger die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben [2]).**

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers nur von dem Miteigentümer und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangt werden. Nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung kann der Pfandgläubiger die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, ohne daß es der Zustimmung des Miteigentümers bedarf [3]); er ist nicht an eine Vereinbarung gebunden, durch welche die Miteigentümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt haben [4]).

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten [5]).

Das Recht des Pfandgläubigers zum Verkaufe des Anteils bleibt unberührt [6]) [7]) [8]).

E I 1184 II 1165; M 3 834—836; P 3 482; 4 600.

1. **Pfandrecht am Miteigentumsanteil** — am Bruchteil (§ 1008), aber nach § 1273 Abs 2 auch am Anteil zur gesamten Hand, z. B. dem Anteil eines Miterben an der Erbschaft (RG 83, 30; 84, 396). Der Pfandgläubiger hat ein doppeltes Recht: das Recht, den Anteil als Pfand nach den Regeln über den Verkauf beweglicher Pfänder zur Befriedigung seiner Forderung zu verkaufen (Abs 4), und das Recht, sich durch Betreiben der Aufhebung der Gemeinschaft an der Sache selbst oder deren Erlös ein unmittelbares Pfandrecht und mittels dieses Befriedigung zu verschaffen (Abs 2, 3). Über die Art der rechtsgeschäftlichen Bestellung des Anteilspfandrechts enthält § 1258 keine ausdrückliche Bestimmung. Man wird für erforderlich zu halten haben, daß der Miteigentümer als Verpfänder seinen Mitbesitz — und zwar ungeteilt — dem Gläubiger überträgt und beide einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll.

2. **Die Teilhaberrechte hinsichtlich der Verwaltung und der Art der Benutzung** (§§ 744 bis 746) sind ausschließlich dem Pfandgläubiger zur Wahrnehmung zugewiesen. Er verwaltet aber nicht für eigene Rechnung, sondern für den Verpfänder, erwirbt auch die Früchte nur für diesen, sofern das Pfandrecht nicht Nutzungspfandrecht ist. Dem Verpfänder und Miteigentümer selbst ist keinerlei Einmischung gestattet.

3. **Die Aufhebung der Gemeinschaft** (§§ 749ff.) kann der Miteigentümer, der seinen Anteil verpfändet hat, nur mehr zusammen mit dem Pfandgläubiger verlangen; mit dem Eintritt der Pfandverkaufsberechtigung erlangt der Pfandgläubiger das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft allein und ohne Mitwirkung des Miteigentümers zu verlangen.

4. **Vereinbarungen unter den Miteigentümern über Ausschluß der Gemeinschaftsaufhebung** sind für den Pfandgläubiger nicht bindend (vgl. auch § 751 Satz 2).

5. **Das Ersatzpfandrecht** an den Gegenständen, die bei der Aufhebung der Gemeinschaft an die Stelle des Anteils treten, also an dem durchs Los auf den Anteil gefallenen Trennstück oder an dem Erlösteil nach dem Teilungsverkauf, gebührt dem Pfandgläubiger, d. h. es entsteht für ihn nicht kraft Gesetzes, sondern er erlangt nur einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts an den Gegenständen (RG 84, 397; ungenau RG 94, 24).

6. **Pfandrecht am Bruchteil, der nicht in Miteigentumsanteil besteht,** ist bei beweglichen Sachen möglich (anders bei Grundstücken, vgl. § 1114) und kann namentlich vorkommen, wenn Sachen desselben Eigentümers miteinander verbunden oder vermischt werden, von denen die eine mit einem Pfandrecht belastet ist (RG 67, 425). Auf ein solches Pfandrecht sind die Vorschriften des § 1258 entsprechend anzuwenden. Das Recht, auf Aufhebung der Gemeinschaft zu dringen, wird hier jedoch nur dem Pfandgläubiger zustehen können.

7. **Entsprechend anwendbar** ist § 1258 auf das gesetzliche Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers (das z. B. beim Einbringen von im Miteigentum befindlichen Hausgestühl entstehen kann) und in seinem Abs 1 — nicht Abs 2 u. 3 — auch auf das Pfändungspfandrecht (vgl. § 1257 A 3). Über die Bedeutung des § 1258 für die Pfändung eines Gesellschaftsanteils vgl. RG 95, 231.

8. Für den **Effekten-Giro-Verkehr** ist der § 1258, wie sich aus A 10 zu § 1205 ergibt, inzwischen nutzbar gemacht worden. Die Vorschriften in § 1258 Abs 2 Satz 2 und namentlich Halbsatz 2 das. stehen nicht entgegen, denn das nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung möglich gewordene Verlangen des Pfandgläubigers nach Aufhebung der Gemeinschaft wird allen billigen Anforderungen entsprechend dadurch erfüllt, daß der Kassenverein die Anzahl von Stücken herausgibt, welche auf den verpfändeten Miteigentumsanteil entfällt, § 419 Abs 2 HGB. Das Recht, die Aushändigung derjenigen Stücke zu verlangen, welche an die Stelle des Sammeldepotanteils treten, billigt auch § 16 Abs 5 GeschO dem Pfandgläubiger ausdrücklich zu. Wenn er darüber hinaus auf seinem formalen Recht bestehen sollte, eine Aufhebung der gesamten Gemeinschaft zu verlangen, so würde ihm der Einwand der Schikane entgegenstehen, § 226.

§ 1259

Für das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1260 bis 1271 [1—5]).

E I 1197 II 1166; M 3 847, 848; P 3 494—498, 502.

1. **Schiffspfandrecht, Registerpfandrecht an Schiffen.** Zweck der besonderen Vorschriften ist, dem Verpfänder den Besitz des Schiffes zu belassen. Daher statt Faustpfandrecht Registerpfandrecht, statt Übergabe des Pfandes Eintragung ins Register. Eintragungsfähig sind auch gesetzliche Pfandrechte und entsprechende Vormerkungen (vgl. A 3 zu § 1263). Pfandregister ist für Seeschiffe das in §§ 4ff. des Gesetzes über das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe v. 22. 6. 99 (RGBl 319) eingeführte Schiffsregister, für Schiffe der Binnenschiffahrt das in den §§ 119ff. des Gesetzes über die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt v. 15. 6. 95 in der Fassung der Bek. v. 20. 5. 98 (RGBl 868) eingeführte Schiffsregister. Aus diesen beiden Gesetzen und den auf Grund ihrer ergangenen weiteren Vorschriften ergibt sich, welche Schiffe in das Register eingetragen werden sollen oder können.

2. Die Vorschriften über das Registerpfandrecht an Schiffen gelten **nur für die im Register wirklich eingetragenen Schiffe.** Für alle tatsächlich nicht eingetragenen Schiffe, selbst wenn in Ansehung ihrer die Möglichkeit, ja sogar die gesetzliche Pflicht zur Aufnahme ins Register bestände, gelten ausschließlich die Vorschriften der §§ 1205—1257; an ihnen kann nur Faustpfandrecht bestellt werden und nur für besondere seerechtliche Notfälle Pfandrecht durch Verbodmung (HGB §§ 679ff.).

3. **Für die Verpfändung von im Register eingetragenen Schiffen** gelten anderseits **ausschließlich** die besonderen Vorschriften über **das Registerpfandrecht.** Faustpfandrecht ist an ihnen nicht möglich, wohl aber Verbodmung. Die Bestimmungen der §§ 1259—1271 gelten für ein im Register eingetragenes Schiff auch dann, wenn die Eintragung des Schiffes mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht hätte erfolgen sollen. Eine beschränkte Ausnahme besteht nur für das Arrestpfandrecht (RJA 11, 17; Obergericht Danzig in JW 1922, 1339).

4. Während die Regelung des Pfandrechts an **im Bau befindlichen Schiffen** früher nach Art 20 EGHGB der Landesgesetzgebung überlassen war, ist inzwischen das Reichsgesetz über die Bestellung von Pfandrechten an im Bau befindlichen Schiffen v. 4. 7. 26 (RGBl I 367) ergangen. Es sieht ein besonderes Register für Pfandrechte an im Bau befindlichen Schiffen vor (§ 2), macht die Entstehung des Pfandrechts von der Eintragung in dieses Register abhängig (§ 1) und verweist im übrigen auf die Vorschriften des Reichs- und Landesrechts über Schiffspfandrecht und Schiffsregister (§ 3). Eine Anmeldungsverpflichtung besteht aber nicht (§ 3), d. h. im Bau befindliche Schiffe, die nicht verpfändet werden sollen, brauchen zum Register nicht angemeldet zu werden. Den Übergang des Schiffes aus dem Register des neuen Gesetzes in das wirkliche Schiffsregister regelt § 4, auf die Zwangsvollstreckung in im Bau befindliche Schiffe bezieht sich § 5.

5. Wegen der **Aufwertung** von Schiffspfandrechten und der durch sie gesicherten persönlichen Forderungen vgl. § 32 AufwG und Artt 27, 33 Abs 2 der Durchführungsbestimmungen.

§ 1260

[1]) Zur Bestellung des Pfandrechts ist die Einigung des Eigentümers [2]) des Schiffes und des Gläubigers darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, und die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister [3]) erforderlich. Die Vorschriften des § 873 Abs 2 und des § 878 finden entsprechende Anwendung [4]).

In der Eintragung müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz angegeben werden. Zur

näheren Bezeichnung der Forderung kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden [5]) [6]) [7]).

E I 1196, 1198 II 1167; M 3 846—848; P 3 494—503, 739; 6 391.

1. Da das Gesetz besondere Vorschriften über den **Begriff des Schiffspfandrechts** für den Fall des Registerpfandes nicht enthält, so ist auch hier die im § 1204 gegebene allgemeine Begriffsbestimmung anzuwenden: Belastung zur Sicherung einer Forderung in der Weise, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache — hier dem Schiffe — zu suchen.

2. Eigentum des Verpfänders ist für die Bestellung des Schiffspfandrechts nach § 1260 ebenso vorausgesetzt wie für die Pfandrechtsbestellung nach § 1205 und die Hypothekbestellung nach § 873. Die Voraussetzung ist aber für den Fall des § 1260 von größerer Bedeutung um deswillen, weil der Mangel des Eigentums des Verpfänders hier nicht durch den öffentlichen Glauben des Buches und, wenigstens in der Regel, auch nicht durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt werden kann. Das Schiffsregister kann einen öffentlichen Glauben, wie er im § 892 dem Grundbuche verliehen ist, für sich nicht beanspruchen. Sein Inhalt gewährleistet weder, daß der als Eigentümer Eingetragene wirklich Eigentümer ist, noch daß die eingetragenen Rechte am Schiffe bestehen. Die Eintragung in das Register ist nur das Mittel, um die Verpfändung ohne Besitzübertragung zu ermöglichen und die Tatsache der Verpfändung kundbar zu machen (Prot 3 S. 500, 501). Für den Schutz des guten Glaubens beim Erwerb im Wege des § 1207 aber fehlt es an dem Erfordernisse der Besitzübertragung (**RG** HansRuGZ 30 B 227). Der Schutz des guten Glaubens ist aber auch dann zu verweigern, wenn zu der Eintragung des Pfandrechts in das Register noch die Einräumung des Besitzes hinzutritt, denn diese ist hier ohne rechtliche Bedeutung für die Entstehung des Pfandrechts (RJA 10, 124). Einen gewissen Ersatz für den öffentlichen Glauben des Registers bietet es, daß unter gewissen Umständen das Dulden des falschen Registereintrags die Berechtigten verpflichtet, sich die rechtsgeschäftliche Verfügung (vgl. **RG** 93, 238) des eingetragenen Unberechtigten gefallen zu lassen. So im Falle des als Alleineigentümer eingetragenen Korrespondentreeders (**RG** LZ 1912, 925; **RG** 74, 408). Wegen gewisser Ausnahmen vgl. § 1262.

3. Eintragung in das Schiffsregister. Die formellen Voraussetzungen für die Eintragung und das Eintragungsverfahren sind in FGG §§ 100ff. geregelt. Die Vorschriften über die Führung und Einrichtung der Register sind teils in §§ 4ff. FlaggenG und in §§ 119ff. BinnenSchG, teils in landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen enthalten.

4. Danach ist insbesondere die **Einigung** vor der Eintragung **nur bindend,** wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor der Registerbehörde abgegeben oder bei ihr eingereicht sind oder wenn der Schiffseigentümer dem Gläubiger eine den Vorschriften der §§ 106, 107 des FGG entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

5. Vgl. § 1115. Das Verlangen der **Angabe des Betrags der Forderung** deutet allerdings auf die Voraussetzung einer Geldforderung. Man wird aber deshalb nicht anzunehmen haben, daß wie nach § 1113 die Hypothek, so nach § 1260 das Registerpfandrecht an einem Schiffe nur für eine Geldforderung bestellt werden könne. Besteht der Gegenstand der Forderung nicht in Geld, so werden die Beteiligten, um dem Gesetze zu genügen, den Anschlag des Geldwerts der geschuldeten Leistung zur Eintragung ins Register anzugeben haben. Was die Angabe des Gläubigers anlangt, so sind die Personen zu bezeichnen. Eine Reederei als solche kann nicht als Gläubigerin eines Schiffspfandrechts eingetragen werden (RJA 11, 97). Nicht eintragbar in das Schiffsregister ist auch eine Unterwerfungsklausel nach § 800 ZPO (KGJ 38 A 187). — Wegen der Valutaschiffspfandrechte, namentlich wegen der bei holländischen Gläubigern üblichen „Sicherungspfandrechte zum Höchstbetrag von ... Mark für ... die etwaigen Ansprüche aus einer Veränderung des Kurses der holländischen Währung" vgl. JW 1920 S. 370 und 634. Neuerdings sind zwei **Gesetze über die Eintragung von Schiffspfandrechten in ausländischer Währung** erlassen worden, am 26. Januar 1923 (RGBl I 90) und am 29. März 1923 (RGBl I 232). Nach dem ersten Gesetz kann die Währung bestehender Schiffspfandrechte, wenn die Forderung in ausländischer Währung zahlbar ist, in die ausländische Währung umgewandelt werden. Nach dem zweiten Gesetz und den weiteren Ges v. 18. 12. 25 (RGBl I 460), 17. 12. 28 (RGBl I 405), 21. 12. 29 (RGBl I 224), 19. 12. 30 (RGBl I 629) dürfen bis auf weiteres Schiffspfandrechte für in ausländischer Währung zahlbare Forderungen in ausländischer Währung eingetragen werden. Durch das letztgenannte Gesetz ist die Reichsregierung ermächtigt worden, den Endzeitpunkt zu bestimmen. Eine auf dem Gebiet des materiellen Rechts liegende Ermächtigung ist der Reichsregierung durch Art III des 3. Gesetzes über die Eintragung von Hypotheken und Schiffspfandrechten in ausländischer Währung vom 12. März 1931 (RGBl I 31) erteilt worden. Sie darf gewisse Vorschriften über Schiffspfandrechte in ausländischer Währung den für Hypotheken in solcher Währung gegebenen angleichen. Wegen **wertbeständiger Schiffspfandrechte** vgl. die VO des Reichskanzlers v. 12. 2. 24 (RGBl I 65) und die zu deren Durchführung ergangene VO v. 17. 4. 24 (RGBl I 415).

Das **Schiffsbankgesetz** vom 14. August 1933 (RGBl I 583) hat im § 3 die Schiffspfandbriefbanken der Staatsaufsicht unterworfen. Der § 6 das. betrifft die gewöhnlichen und § 36 die wertbeständigen Schiffspfandbriefe. Geregelt ist deren Deckung durch Schiffspfandrechte gleicher

Gattung und mindestens gleicher Höhe und mit mindestens gleichem Zinsertrag, bei den wertbeständigen Briefen ferner ihre Ersatzdeckung durch wertbeständige Schuldverschreibungen und ein Vorrecht im Konkurse.

6. Die **Zwangsvollstreckung** in ein eingetragenes Schiff geschieht nur im Wege der Zwangsversteigerung, § 870 Abs 2 ZPO, also nicht auch durch Eintragen einer Sicherungshypothek. Dagegen kann natürlich jemand, der sich verpflichtet hat, ein Pfandrecht an einem eingetragenen Schiff zu bestellen, zur Abgabe dieser Erklärung verurteilt werden; wegen der Vollstreckung eines solchen Urteils vgl. §§ 894ff. ZPO. Das im Wege der **Arrestpfändung** begründete Pfandrecht an einem Schiff kann nach § 931 Abs 3 ZPO in das Schiffsregister eingetragen werden. — Die **Abtretung** der durch das Schiffspfandrecht gesicherten Forderung und damit auch der Übergang des Pfandrechts selbst vollziehen sich außerhalb des Registers, aber die Berichtigung des Registers kann dann nach § 1263 verlangt werden, vgl. auch § 104 FGG.

7. **Ausländisches Recht.** Über die Frage der Bestellung von Schiffspfandrechten an deutschen Schiffen im Ausland vgl. **RG** Warn 1913 Nr 16 und **RG** 77, 1; darüber, ob und wann ausländische Schiffspfandrechte im Inland anzuerkennen sind **RG** 80, 129.

§ 1261

Das Rangverhältnis der an dem Schiffe bestellten Pfandrechte bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 879 bis 881 und des § 1151 [1] [2]).

E II 1168; P 3 506, 507, 739.

1. **Rangordnung der Schiffspfandrechte.** Durch die Vorschrift des § 1261 wird nur das Rangverhältnis der an einem Schiffe durch Eintragung in das Register bestellten Pfandrechte untereinander geregelt. Für deren Rangverhältnis zu den gesetzlichen Pfandrechten (dem der Werkmeister nach § 647 und dem der Schiffsgläubiger) und den Pfandrechten der Bodmereigläubiger und für das Rangverhältnis der gesetzlichen Pfandrechte und der Bodmereigläubiger untereinander gelten besondere Vorschriften. So hinsichtlich der Werkmeister die dem § 1209 zugrunde liegende Rechtsregel (**RG** 26. 10. 04 I 258/04), hinsichtlich der Schiffsgläubiger die Vorschrift, daß sie, abgesehen von den in BinnenSchG § 102 Nr 4, 5, 6 bezeichneten Rechten, allen anderen Pfandgläubigern ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung des anderen Pfandrechts vorgehen (HGB § 776; BinnenSchG § 109) und eingehende Bestimmungen über den Rang der einzelnen Schiffsgläubigerrechte untereinander (HGB §§ 766ff., BinnenSchG §§ 106—109), hinsichtlich der Bodmereigläubiger HGB § 759. Die Rangordnung des § 1261 geht der Hauptsache nach dahin, daß über den Rang grundsätzlich die — durch § 114 FGG bestimmte — Reihenfolge der Eintragungen entscheidet (§ 879), daß abweichende Vereinbarungen zulässig sind (§§ 880, 1151), dann aber der Eintragung in das Register bedürfen (§ 879 Abs 3) und daß endlich Rangvorbehalte zulässig sind (§ 881). Hierin liegt eine wesentliche Abweichung von den Grundsätzen des Pfandrechts an beweglichen Sachen und eine Annäherung an die Hypothek.

2. Das — neben dem gesetzlichen Pfandrecht gegebene — **Zurückbehaltungsrecht** des Werkmeisters an einem noch in seinem Besitz befindlichen Schiff wegen Ausbesserungsarbeiten kann das Recht der Schiffsgläubiger und der im Schiffsregister eingetragenen Pfandgläubiger auf Befriedigung aus dem Werte des Schiffes nicht vereiteln oder beeinträchtigen. Der Werkmeister kann eine dem Range seines Pfandrechts nicht entsprechende Befriedigung auf dem Umwege über das Zurückbehaltungsrecht nicht erreichen (**RG** 26. 10. 04 I 258/04).

§ 1262

Solange das Pfandrecht im Schiffsregister eingetragen ist, behält es im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes seine Kraft, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben ist [1]).

Ist das Pfandrecht mit Unrecht gelöscht, so gelten im Falle der Veräußerung des Schiffes die Vorschriften des § 936 Abs 1 Satz 1, Abs 2 auch dann, wenn der Erwerber das Eigentum ohne Übergabe erlangt; die Vorschrift des § 936 Abs 3 findet keine Anwendung [2]). Wird ein Pfandrecht, welches dem mit Unrecht gelöschten Pfandrecht im Range nachsteht, auf einen Dritten übertragen, so findet die Vorschrift des § 1208 Satz 1 Anwendung [3]) [4]).

E I 1201 II 1169; M 3 848, 849; P 3 504.

1. **Wirkung des Inhalts des Schiffsregisters auf den Rechtserwerb Dritter.** Nur insoweit Pfandrechte eingetragen oder nicht eingetragen sind, verleiht das Gesetz dem Register eine Wirkung nach außen. Die Eintragung des Eigentümers ist rechtlich belanglos. Daß der wahre Eigentümer im Register eingetragen ist, schützt ihn nicht vor dem Verluste seines Eigentums

infolge unbefugter Veräußerung durch einen anderen, wenn der dritte Erwerber sich in gutem Glauben befindet und die Voraussetzungen der §§ 932ff. vorliegen. Der eingetragene Schiffspfandgläubiger aber genießt diesen Schutz. Der dritte Erwerber kann, solange die Eintragung besteht, durch guten Glauben zum Nachteile des eingetragenen Pfandgläubigers nicht erwerben, er kann sich auf die §§ 936, 1032 Satz 2, 1208 nicht berufen, er gilt gewissermaßen infolge des Bestehens der Eintragung des Pfandrechts in bezug auf dieses von Gesetzes wegen als in bösem Glauben befangen, und diese Gesetzesvermutung läßt keinen Gegenbeweis zu. Wer das nach §§ 930ff. ZPO vom Gerichtsvollzieher versteigerte Schiff in der Versteigerung erworben hat, erwirbt es aber nach der Regel des § 1242 Abs 2 frei von Pfandrechten, auch von den eingetragenen (Obergericht Danzig JW 1922, 1339 und A 7 zu § 1242).

Da die zum Schutze des eingetragenen Pfandrechts wirkende Vermutung der Bösgläubigkeit an die Tatsache des Eingetragenseins gebunden ist, so ergibt sich von selbst, daß der Schutz versagt und die §§ 936, 1032 Satz 2, 1208 gegen das Pfandrecht in Wirksamkeit treten, wenn es ohne erloschen zu sein gelöscht worden ist. Diese Folge tritt ein sowohl bei gutgläubigem Erwerbe des Eigentums als eines lastenfreien, wie bei gutgläubigem Erwerb eines Pfandrechts als eines durch ein vorgehendes Pfandrecht nicht beschränkten. Sie brauchte als natürliche Umkehrung des in Abs 1 ausgesprochenen Grundsatzes im Gesetze weder für den Fall der Veräußerung noch für den der Belastung besonders ausgesprochen zu werden und ist auch in Abs 2 nicht besonders ausgesprochen (vgl. A 2, 3).

Dem durch Eintragung im inländischen Schiffsregister entstandenen, aber versehentlich gelöschten, daher aus dem Register nicht mehr ersichtlichen Pfandrecht steht das Pfandrecht gleich, das im Ausland zur Zeit, als das Schiff noch ausländisches war, dort durch Eintragung bestellt worden ist. Es bleibt bestehen, aber es unterliegt, da das ausländische Register im Inland keinen öffentlichen Glauben hat, den Nachteilen, die das inländische Register für das nichteingetragene Recht mit sich bringt (RG 77, 1).

Aus § 1262 Abs 1 ist von Josef (HoldheimsMSchr 1919, 55) mit Recht gefolgert, daß die Eintragung des Pfandgläubigers ihm im Verhältnis zu dem Eigentümer, etwa neuen Erwerber, die Vermutung verleiht, daß das eingetragene Pfandrecht besteht. Dem Eigentümer liegt der Gegenbeweis ob. Er darf ihn nicht führen, wenn er kein Interesse daran hat (RG Gruch 54, 1003). Das kann der Fall sein, wenn der Erwerber das Bestehen des Pfandrechts im Erwerbsvertrage anerkannt hat.

2. **Erleichterung des gutgläubigen Erwerbs der Lastenfreiheit.** Dieser Erwerb soll, abweichend von den Grundsätzen der §§ 932ff., 936, selbst dann eintreten, wenn der Erwerb des Eigentums nicht durch Übergabe des Schiffes, sondern nach HGB § 474 durch Vereinbarung an Stelle von Übergabe oder im Wege der §§ 929 Satz 2, 930, 931 vor sich ging.

3. **Erwerb der Vorrangsfreiheit bei der Übertragung eines bestehenden Schiffspfandrechts.** Hier liegt eine Annäherung an den Grundsatz des § 892 (öffentlicher Glaube des Buches) vor. Nach § 892 gilt zugunsten dessen, dem eine bestehende Hypothekforderung übertragen worden ist, eine vorgehende gelöschte, aber nicht erloschene Hypothek als nicht bestehend, d. h. sie geht der übertragenen Hypothek nach, wenn nicht die Unrichtigkeit des Buches dem Erwerber bekannt ist oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist. Genau die gleiche Rechtslage wird in § 1262 Abs 2 Satz 2 (im Zusammenhalte mit § 1263 Abs 2) für den Fall der Übertragung eines eingetragenen Schiffspfandrechts dadurch herbeigeführt, daß § 1208 Satz 1 für anwendbar erklärt wird. Auf den Fall der Bestellung eines Schiffspfandrechts nach einem versehentlich gelöschten ist § 1262 Abs 2 Satz 2 nicht anwendbar, da dieser Fall seine Lösung schon auf Grund des Abs 1 findet (vgl. A 1 Abs 2).

4. Ein **gesetzliches Pfandrecht,** z. B. nach § 647, das überhaupt nicht in das Register eingetragen worden, ist nicht „mit Unrecht gelöscht" im Sinne des Abs 2; dessen Vorschriften sind insoweit also nicht anwendbar. War es dagegen eingetragen und ist es dann gelöscht worden, so trifft Abs 2 zu. Mit einem gesetzlichen, außerhalb des Registers ent- und bestehenden Pfandrecht muß jedermann rechnen; war es aber eingetragen und ist es dann gelöscht worden, so darf sich ein Gutgläubiger darauf verlassen, daß es nicht mehr besteht.

§ 1263

Steht der Inhalt des Schiffsregisters in Ansehung eines Pfandrechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann die Berichtigung des Registers nach den für die Berichtigung des Grundbuchs geltenden Vorschriften der §§ 894, 895, 897, 898 verlangt werden [1]).

Ist ein Pfandrecht mit Unrecht gelöscht worden, so kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Schiffsregisters nach § 899 Abs 2 eingetragen werden. Solange der Widerspruch eingetragen ist, gilt im Falle der Veräußerung oder

Belastung des Schiffes dem Erwerber gegenüber das gleiche, wie wenn das Pfandrecht eingetragen wäre [2] [3]).

E I 1203 II 1170; M 3 849; P 3 504.

1. **Berichtigung des Schiffsregisters.** Nach § 894 kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch eine unrichtige Eintragung beeinträchtigt ist, von dem, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, die Berichtigung verlangen. Hiernach bedürfte es stets der Bewilligung des durch die Berichtigung Betroffenen, und diese Bewilligung müßte im Weigerungsfall im Klageweg erzwungen werden. Allein wie für das Grundbuch in § 22 der GBO, so ist im § 102 des FGG für das Schiffsregister bestimmt, daß es der Bewilligung des von der Berichtigung Betroffenen nicht bedarf, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Zu den Fällen der Berichtigung zählt abweichend von den für Grundbuchsachen bestehenden Vorschriften auch die Eintragung des Übergangs des Pfandrechts auf einen anderen Gläubiger im Wege der Übertragung der Forderung, da es zu der Übertragung einer durch Schiffspfand gesicherten Forderung (und ebenso zur Belastung einer solchen Forderung) der Eintragung im Register nicht bedarf, die Rechtsänderung vielmehr außerhalb des Registers sich vollzieht.

2. **Widerspruch gegen Löschung** vgl. § 1262 Abs 2. Sind andere Eintragungen als Löschungen zu Unrecht bewirkt worden, so kann ein Widerspruch nicht eingetragen werden (Josef in HoldheimsMSchr 1919, 57).

3. Auch **Vormerkungen** zur Sicherung eines das Pfandrecht betreffenden Anspruchs können auf einstweilige Verfügung (FGG § 103) oder auf einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts (FGG § 123) eingetragen werden (**RG** HansRuGZ 30 B 227), aber nicht Vormerkungen zur Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums am Schiff. Auch § 883 kann nicht entsprechend angewendet werden, da es sich dort um Ansprüche handelt, die durch Eintragung verwirklicht werden (Josef aaO.).

§ 1264

Die Haftung des Schiffes beschränkt sich auf den eingetragenen Betrag der Forderung und die Zinsen nach dem eingetragenen Zinssatze [1]). Die Haftung für gesetzliche Zinsen und für Kosten bestimmt sich nach der für die Hypothek geltenden Vorschrift des § 1118 [2]).

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann das Pfandrecht ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Schiff für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet [3]).

E II 1171; P 3 503.

1. **Umfang der Haftung des Pfandes in Ansehung der Forderung.** Das Schiff haftet nicht für den jeweiligen Bestand der Forderung wie das bewegliche Pfand nach § 1210, sondern für den eingetragenen Betrag wie die Hypothek nach § 1113. Bleibt die wirkliche Forderung hinter dem eingetragenen Betrage zurück oder vermindert sie sich, so mindert sich auch die Haftung. Eine Erweiterung oder Wiedererweiterung aber ist ausgeschlossen. Anders selbstverständlich beim Höchstbetragspfandrecht (§ 1271). — In **RG** 7. 1. 25 I 173/24 (VerkehrsrRdsch. 1925, 317) war nicht die Haftung des Schiffes streitig, sondern die Frage, ob der Übernehmer einer Schiffshypothek auch gewisse persönliche Verpflichtungen des bisherigen Schuldners übernommen hatte.

2. **Haftung für Zinsen und Kosten.** Für die gesetzlichen Zinsen der Forderung und für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Schiffe bezweckenden Rechtsverfolgung vgl. die Anmerkungen zu § 1118.

3. Dem § 1119 wörtlich nachgebildet.

§ 1265

Das Pfandrecht erstreckt sich auf das Zubehör des Schiffes mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigentum des Eigentümers des Schiffes gelangt sind [1]).

Auf die Haftung der Zubehörstücke finden die für die Hypothek geltenden Vorschriften der §§ 1121, 1122 entsprechende Anwendung [2]) [3]).

E II 1172; P 3 503, 740.

1. **Erstreckung der Haftung auf das Zubehör,** vgl. die Schlußworte des § 1120. Bei Seeschiffen werden im Zweifel Gegenstände, die in das Schiffsinventar eingetragen sind, als Zubehör

des Schiffes angesehen; auf alle Fälle sind aber die Schiffsboote Zubehör (HGB § 478). Im übrigen ist für die Zubehöreigenschaft BGB § 97 entscheidend.

2. **Freiwerden von Zubehörstücken** im Falle der Veräußerung und Entfernung von dem Schiffe.

3. **Versicherungsgelder und Fracht** unterliegen dem Pfandrecht nicht, wohl aber bleiben ihm getrennte Bestandteile des Schiffes als bewegliche Sachen unterworfen. Im Gegensatz zum Zubehör sind diese auch pfändbar (§ 865 Abs 2 ZPO).

§ 1266

Die Vorschriften der §§ 1205 bis 1257 finden insoweit keine Anwendung, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben. In dem Falle des § 1254 tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes das Recht, die Aufhebung des Pfandrechts zu verlangen [1].

E I 1197 II 1173; M 3 847, 848; P 3 502.

1. **Anwendung der allgemeinen Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen auf das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen.** Das Ineinandergreifen der Vorschriften in folgendes: Da das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen Pfandrecht an beweglichen Sachen ist, haben an sich die allgemeinen Vorschriften des BGB über das Pfandrecht an beweglichen Sachen darauf unmittelbar Anwendung zu finden. Ihre Anwendung ist ausgeschlossen, insoweit sie durch besondere Vorschriften in den §§ 1260—1265, 1267—1271 ersetzt oder geändert sind. Auch im übrigen können die §§ 1205—1257 nur insoweit Anwendung finden, als es mit dem grundsätzlichen Unterschiede verträglich ist, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt (RG 108, 165; 134, 118). Unanwendbar sind daher insbesondere die §§ 1205—1207 (RG 74, 408). Anwendbar sind dagegen die §§ 1204, 1211, 1216 (RG 97, 66), 1222, 1224, 1225, 1227, 1229, 1249, 1250, 1252, 1253, 1255, 1256, außerdem § 1254 dahin, daß der Verpfänder und Eigentümer die Aufhebung des Pfandrechts verlangen kann, wenn dem Pfandrecht eine Einrede entgegensteht, die seine Geltendmachung dauernd ausschließt. Die im § 1257 enthaltene Bestimmung, daß die Vorschriften über das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht auf das kraft Gesetzes bestehende Pfandrecht entsprechende Anwendung findet, ist gleichfalls ohne weiteres anwendbar sowohl auf das gesetzliche Pfandrecht am Schiffe nach § 647 als auch auf die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger. Entsprechend anwendbar sind danach aber nicht nur die Vorschriften aus den §§ 1205—1256, die für das durch Rechtsgeschäft bestellte Schiffspfandrecht gelten, sondern auch die Vorschriften über das Schiffspfandrecht selbst (RG 108, 165). Von Bedeutung ist hier § 1268, allerdings nur für den Fall des § 647 BGB (gesetzliches Pfandrecht des Werkmeisters), da für die Befriedigung der Schiffsgläubiger HGB § 761 und BinnenSchG § 103 Abs 3 gelten. Für die entsprechende Anwendung des § 1268 auf den Fall des gesetzlichen Werkmeisterpfandrechts an einem Schiffe: RJA 4, 221. Die in der vorigen Auflage im Anschluß an RG 108, 165 vertretene Ansicht, daß § 1253 für das gesetzliche Pfandrecht des Werkmeisters an einem Schiff (§ 647) nicht gilt, ist vom RG in 134, 119 — in Übereinstimmung mit dem Senat, der früher abweichend erkannt hatte — nicht aufrechterhalten worden. § 1253 ist anwendbar und deshalb endet das Werkmeisterpfandrecht mit der Herausgabe des Schiffes. Die in § 1266 vorgesehenen Einschränkungen der Anwendbarkeit von §§ 1205—1257 beziehen sich nur auf Abweichungen, welche sich daraus ergeben, daß der Pfandgläubiger den Besitz des Schiffes nicht erlangt, d. h. zur Entstehung seines Pfandrechts nicht zu erlangen braucht. § 1266 spricht also gerade für die Anwendbarkeit des § 1253 auf das Werkmeisterpfandrecht.

§ 1267

Der Verpfänder kann gegen Befriedigung [1]) des Pfandgläubigers die Aushändigung der zur Löschung des Pfandrechts erforderlichen Urkunden [2]) verlangen. Das gleiche Recht steht dem persönlichen Schuldner zu, wenn er ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Schiffsregisters hat [3]).

E II 1174; P 3 739.

1. Wegen des **Rechtes der Aufrechnung und Hinterlegung** vgl. §§ 1224, 1266 A 1.

2. **Zur Löschung erforderliche Urkunden**, d. h. den Formerfordernissen des FGG § 107 entsprechende Urkunden über Löschungsbewilligung oder Erlöschen der Forderung.

3. Vgl. §§ 1144, 1167.

§ 1268

Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Schiffe und dem Zubehöre nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen [1] [2].

E I 1204 II 1175; M 3 849, 850; P 3 504; 4 611.

1. **Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch Zwangsvollstreckung** erfolgt nach Maßgabe der §§ 864, 865, 870 Abs 2 der ZPO und der §§ 162—170 des ZVG. Als Vollstreckungstitel genügt das vollstreckbare Urteil oder die sonst vollstreckbare Urkunde gegen den Schuldner, wenn dieser Eigenbesitzer (§ 872) des Schiffes ist. Befindet sich ein anderer im Eigenbesitze des Schiffes, so muß erst gegen ihn durch Klage auf Duldung der Zwangsversteigerung ein Vollstreckungstitel geschaffen werden (ZVG § 164). Unzulässigkeit der Unterwerfung des Schiffseigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Schiffes zulässig sein soll: RJA 10, 122.

2. **Zwangsvollstreckung aus gesetzlichem Pfandrecht an Schiffen:** RJA 4, 221. Vgl. § 1266 A 1 am Ende.

§ 1269

Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Pfandrecht ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 oder die im § 1171 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt das Pfandrecht. Die Vorschrift des § 1171 Abs 3 findet Anwendung [1].

E II 1176; P 3 507, 508, 739; 6 391, 392.

1. **Aufgebot und Ausschließung unbekannter Schiffspfandgläubiger** vgl. auch HGB § 765; BinnenSchG § 110; Verfahren: ZPO §§ 988, 1024.

§ 1270

Auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, finden die Vorschriften des § 1189, auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber finden auch die Vorschriften des § 1188 entsprechende Anwendung [1].

E II 1178; P 4 611, 612.

1. Vgl. die Anmerkungen zu §§ 1188, 1189.

§ 1271

Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Schiff haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Schiffsregister eingetragen werden.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet [1].

E II 1177; P 3 739.

1. Vgl. §§ 1190 Abs 1, 2, 1264 A 1. Unterschiede gegen die Höchstbetragshypothek ergeben sich aber daraus, daß im Gebiete des Schiffspfandrechts ein der Eigentümergrundschuld ähnliches Gebilde nicht entstehen kann. Das Schiff ist also immer nur soweit belastet, als die gesicherte Forderung reicht. Der eingetragene Höchstbetrag entscheidet nicht.

§ 1272

Die Vorschriften der §§ 1260 bis 1271 gelten auch für das Pfandrecht an einer Schiffspart [1—4].

E I 1205 II 1179; M 3 850, 851; P 3 504—506.

1. **Schiffspart** im eigentlichen, engeren Sinne ist nach HGB §§ 474ff. ein Anteil an einem Schiffe, das zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt ist, und zwar Anteil eines Miteigen-

tümers mit der Besonderheit, daß in dem Miteigentumsanteil sich zugleich die Teilhaberschaft an der Erwerbsgesellschaft verkörpert. Das Binnenschiffahrtsgesetz kennt den Begriff nicht. Aber § 858 ZPO bezeichnet damit jeden Anteil an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiff. In diesem Sinne ist er auch im § 1272 zu verstehen.

2. Bruchteilverpfändung. Ob es überhaupt möglich ist, einen Bruchteil eines im Alleineigentum stehenden eingetragenen Schiffes zu verpfänden, ist streitig. Hat man anzunehmen, daß im allgemeinen Bruchteile beweglicher Sachen verpfändet werden können — und darüber herrscht Einigkeit (vgl. § 1258 A 6) —, so muß man jedenfalls bei nicht eingetragenen Schiffen die Bruchteilverpfändung zulassen. Steht aber dies fest, so ist aus der Sonderart des Registerpfandrechts kein triftiger Grund gegen eine solche Bruchteilverpfändung bei eingetragenen Schiffen herzuleiten. Fraglich wird allerdings sein, inwieweit auf dem Gebiete des Seerechts die Möglichkeit der Bruchteilverpfändung neben der der Schiffspart gegeben ist. Soweit man die Bruchteilverpfändung bei eingetragenen Schiffen als zulässig anzuerkennen hat, werden auf ein solches Pfandrecht auch die Vorschriften über das Schiffspfandrecht und insbesondere die über das Pfandrecht an der Schiffspart entsprechend anzuwenden sein.

3. Für entsprechende Anwendung des § 1258 auf die Schiffspart im Sinne des § 474 HGB ist überhaupt kein Raum, für entsprechende Anwendung auf andere Miteigentumsanteile an eingetragenen Schiffen und Bruchteile, die nicht Miteigentumsanteile sind, kommen nur § 1258 Abs 2, 3 in Betracht, da Abs 1 den Besitz des Pfandes voraussetzt. Hinsichtlich der Bezeichnung der Schiffspart im Eintragungsantrag vgl. RJA 11, 99.

4. Die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung aus der verpfändeten Schiffspart ist in ZPO § 858 geordnet, die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft in den §§ 180 ff. des ZVG. Das Pfandrecht am ganzen Schiff geht dem an der Schiffspart vor, § 1261 regelt nur den Rang der an dem Schiff bestellten Pfandrechte. Entsprechend bleiben die Pfandrechte an dem Schiff bei der Zwangsvollstreckung in die Schiffspart außer Betracht (§ 858 Abs 6 ZPO). Der Rang mehrerer Pfandrechte an einer Schiffspart richtet sich nach § 1272 aber wiederum nach der Vorschrift des § 1261.

Zweiter Titel

Pfandrecht an Rechten

§ 1273

Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein [1]).

Auf das Pfandrecht an Rechten finden die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1274 bis 1296 ein anderes ergibt [2]). Die Anwendung der Vorschriften des § 1208 und des § 1213 Abs 2 ist ausgeschlossen [3]).

E I 1206, 1209, 1214 II 1180; M 3 852, 854, 855, 857, 858; P 3 517, 519, 521.

1. Recht als Gegenstand des Pfandrechts (vgl. auch § 1068). Nach dem Wortlaute hat es den Anschein, als ob jedes Recht, gleichviel welcher Art, verpfändet werden könnte. In Wirklichkeit bestehen, auch abgesehen von der im § 1274 gemachten Einschränkung auf übertragbare Rechte, wesentliche Einschränkungen. Es scheiden aus: das Eigentum an Sachen, denn es bildet die Grundlage des Pfandrechts an der Sache; die Anteile der Miteigentümer, denn sie werden dem Eigentum gleich behandelt; diejenigen Rechte, die den Grundstücken gleichgestellt sind, wie das Erbbaurecht (§ 1017, jetzt § 11 Abs 1 der VO des Reichsarbeitsamts über das Erbbaurecht vom 15. 1. 19, RGBl 72), und die auf den Gebieten der landesrechtlichen Vorbehalte durch Landesgesetz den Grundstücken gleichgestellten selbständigen Rechte, für die nur die Belastungsformen des Grundstücksverkehrs in Frage kommen. Es scheiden aber noch weiter aus die geschäftlichen Unternehmen als solche, weil sie wohl den Gegenstand schuldrechtlicher Beziehungen, aber nicht den eines einheitlichen dinglichen Rechtes bilden können (RG 70, 231; 95, 237); ferner die Rechte, die nicht selbständig verkehrsfähig sind. So die Grunddienstbarkeiten und alle sogenannten subjektiv-dinglichen Rechte als untrennbar von dem herrschenden Grundstücke, die Hypothek und das Pfandrecht als untrennbar von der Forderung, die sie sichern, der Titel einer Zeitschrift als untrennbar von dieser, die Firma als untrennbar vom Geschäfte (RG 68, 55; 95, 236), anderseits die nur den Ausfluß eines anderen Rechtes bildenden nicht selbständigen Einzelbefugnisse, z. B. der Anspruch des Miterben auf Auseinandersetzung (RG 30. 1. 05 IV 335/04), der Anspruch auf Teilung einer ehelichen Gütergemeinschaft (BayObLGZ 10, 4). Gegenstand des Pfandrechts können mit Rücksicht auf seinen Zweck und Inhalt auch alle diejenigen Rechte nicht sein, die nicht Vermögensrechte sind, und solche Rechte, die nicht verwertet, d. h. nicht auf dem Wege der Beitreibung oder Veräußerung zu Geld gemacht werden können (vgl. § 1204 A 4).

Hiernach bleiben als Rechte, die den Gegenstand des Pfandrechts bilden können, der Hauptsache nach übrig die Forderungen, Grundschulden, Rentenschulden, angefallenen Erbschaften, Erbteile, d. h. die Rechte der Miterben an dem Nachlaß als einem Inbegriff von Rechten und Pflichten (RG 84, 396; 87, 324; 90, 234), der Pflichtteilsanspruch nach § 2317, wenn er auch nach § 852 ZPO nicht unbeschränkt pfändbar ist, die sog. Immaterialgüterrechte, nämlich Urheberrechte, Verlagsrechte, Patentrechte und sonstige selbständige gewerbliche Schutzrechte, endlich gewisse Gesellschaftsanteile, insbesondere Aktienrechte, Geschäftsanteile bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. An zukünftigen Rechten kann vor ihrer Entstehung ein Pfandrecht ebensowenig entstehen und bestehen wie an zukünftigen Sachen. Es kann aber, wie für zukünftige Sachen (vgl. § 1204 A 7), so auch für zukünftige Rechte die Pfandbestellung derart vorbereitet werden, daß die Einigung der Beteiligten und selbst die Mitteilung an den zukünftigen Drittverpflichteten schon vor der Entstehung des Rechtes auf den Fall der Entstehung erfolgt, so daß mit dem Rechte zugleich auch das Pfandrecht daran ins Leben tritt (RG 55, 334; 67, 166; 68, 55; 75, 225; 82, 229; Warn 1911 Nr 274). Immer aber muß die künftige Forderung wenigstens bestimmbar sein; sie muß nach dem z. Zt. der Verpfändung geltenden Recht möglich, die Rechtsgrundlage für die Möglichkeit ihrer künftigen Entstehung muß gegeben sein, wenn auch der gesetzliche Tatbestand, an welchen das Vorhandensein der Forderung geknüpft ist, noch nicht vollständig verwirklicht sein mag (RG 134, 227). Möglich ist hiernach sogar die Verpfändung „aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen" gegen einen bestimmten Schuldner (RG JW 1911, 367[23]). Aktienrechte können schon vor der Ausgabe der Aktienurkunden bestehen, ihre Verpfändung ist alsdann rechtlich möglich (RG 24. 5. 17 II 551/16; RG 86, 155). Über die Bedeutung der Klausel, daß Forderungen des Kunden, die in die Verfügungsgewalt der Bank gelangt sind, als Pfand für die Ansprüche der Bank an den Kunden dienen sollen, vgl. RG 116, 200ff. Wegen der Verpfändung von künftig möglicherweise entstehenden Eigentümergrundschulden vgl. A 3 zu § 1163 (S. 618 unten) und A 1 zu § 1190 (S. 681).

2. **Die Anwendung der Vorschriften über das Sachpfandrecht auf das Pfandrecht an Rechten** kann nicht gleichmäßig erfolgen. Denn die Voraussetzungen der Entstehung und des Bestandes des Pfandrechts (Einigsein, Übergabe, Eintragung) weichen bei den einzelnen Arten des Pfandrechts an Rechten voneinander ab. Als allgemein anwendbar können angesehen werden die §§ 1204, 1209, 1210, 1211, 1213 Abs 1, 1214, 1222, 1223 (RG DJZ 1929, 442), 1224—1226, 1228 Abs 2, 1229, 1232 (RG 87, 325; 97, 42), 1249, 1250, 1252, 1256. Anwendbar ist auch der Grundsatz, daß ein Pfandrecht nicht durch Vertrag zugunsten eines Dritten bestellt werden kann, vgl. A 1 zu § 929 und A 2 zu § 1205. Im einzelnen ist noch zu bemerken: Erlischt ein Pfandrecht an den Anteilen einer GmbH, so ist in entsprechender Anwendung von § 1223 Abs 1 der bisherige Pfandgläubiger verpflichtet, die über die Anteile ausgefertigten und ihm eingehändigten Scheine zurückzugeben und jeden Eingriff in die Rechte der Anteilseigner zu unterlassen (RG 100, 277). Die Vorschrift des § 1225 Abs 1 ist entsprechend anwendbar, auch wenn die Befriedigung aus dem Pfande bewirkt wird (RG Recht 1918 Nr 244—246; vgl. § 1225 A 1). Die übrigen Vorschriften sind — abgesehen von den überhaupt von der Anwendung ausgeschlossenen §§ 1208, 1212, 1213 Abs 2 — uneingeschränkt nur auf das Pfandrecht an Inhaberpapieren, sonst teils gar nicht, wie § 1207, teils nur für einzelne Arten des Pfandrechts an Rechten und mit Einschränkungen anwendbar, § 1227 z. B. nur, wenn der Pfandgläubiger in den Besitz eines körperlichen Gegenstandes, etwa einer Urkunde, gelangt ist (RG 14. 5. 18 VII 51/18). Jener Satz gilt insbesondere für die Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1228 Abs 1, 1230—1248), da aus Rechten mit Ausnahme der Fälle der §§ 1293, 1295 grundsätzlich nicht durch gewöhnlichen Pfandverkauf, sondern nach § 1277 nur im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung gesucht werden kann (vgl. RG 61, 333). Der namentlich dem § 1232 zugrunde liegende Gedanke, daß nämlich der nachstehende Pfandgläubiger das Pfand veräußern darf, wenn bei ihm alle Voraussetzungen dazu erfüllt sind, der vorgehende Pfandgläubiger aber tatsächlich oder rechtlich dazu noch nicht in der Lage ist, rechtfertigt es, daß derjenige, dem ein Erbteil verpfändet ist, der Versteigerung des Erbanteils, die ein nachstehender Pfändungspfandgläubiger auf Grund gerichtlicher Anordnung (§ 857 Abs 5 ZPO) vornimmt, nur dann widersprechen darf, wenn vor Anordnung der Versteigerung seine eigene Rechtsstellung schon eine abweichende Richtung eingenommen hatte, z. B. durch einen Antrag auf Auseinandersetzung nach § 86 Abs 2 FGG (RG 87, 327; vgl. auch RG 97, 42).

3. **Das Pfändungspfandrecht an Rechten** folgt den Regeln der ZPO §§ 828ff. **Gesetzliche Pfandrechte an Rechten** sind in HGB §§ 399 (Kommissionärpfandrecht an Forderungen), 756, 758 (Pfandrecht der Schiffsgläubiger an der Fracht) gegeben. Auf sie sind die Vorschriften der §§ 1273ff. entsprechend anzuwenden.

§ 1274

Die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften[1]**). Ist zur Übertragung**

des Rechtes die Übergabe einer Sache erforderlich, so finden die Vorschriften der §§ 1205, 1206 Anwendung [2]).

Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden [3]).

E 1207, 1208, 1210 II 1181; M 3 852—855; P 3 517, 510.

1. **Die Bestellung des Pfandrechts an Rechten.** Der Satz, daß die Pfandbestellung nach den Vorschriften zu erfolgen hat, die für die Übertragung des Rechtes gelten, hat nicht die Bedeutung, daß zum Zwecke der Pfandbestellung eine Übertragung des Rechtes, d. h. eine — an sich natürlich mögliche — Sicherungsübereignung stattzufinden hätte (RG Gruch 49, 97). Es ist vielmehr als Willenstatbestand, wie bei jeder Pfandrechtsbestellung, das Einigsein des Verpfänders und des Gläubigers dahin vorausgesetzt, daß dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung das Pfandrecht an dem Rechte zustehen soll, und es wird daneben verlangt, daß die Beteiligten außerdem den äußeren Geschäftstatbestand erfüllen, den das Gesetz für die Übertragung des Rechtes selbst vorschreibt. Sie haben also, wo für die Übertragungserklärung schriftliche Form vorgeschrieben ist, die Pfandbestellungserklärung schriftlich abzugeben, sie haben bei Vorschrift der notariellen Beurkundung der Übertragung die Pfandbestellung notariell beurkunden zu lassen, wo für die Übertragung des Rechtes Eintragung in das Grundbuch vorgeschrieben ist, die Verpfändung ins Grundbuch eintragen zu lassen und der Verpfänder hat in den Fällen, in denen z. B. zur Übertragung einer Grundschuld die Übergabe des Grundschuldbriefs nötig ist, auch zum Zwecke der Verpfändung der Grundschuld dem Gläubiger den Grundschuldbrief zu übergeben (RG JW 04, 485[8]; RG 21. 3. 08 V 375/07). Welche Vorschriften für die Übertragung des Rechtes im einzelnen Falle gelten, bestimmt sich nach der Art des zu verpfändenden Rechtes. Hier sollen nur die hauptsächlichsten herausgegriffen werden: Allgemein gilt für Forderungen, für die nichts anderes vorgeschrieben ist, daß zur Übertragung Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger notwendig ist (§ 398, vgl. dazu § 1280). Das gleiche gilt von der Übertragung von Patentrechten (RG 75, 225). Für die Abtretung von Hypothekforderungen ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich, vgl. hierzu RG 63, 230; 78, 26 betr. Hypotheken- oder Grundschulden-Abtretung und -Verpfändung durch unausgefüllte Urkunde oder eine wiederverwendete alte Urkunde; die etwa noch verbliebenen Zweifel sind jetzt dahin gelöst, daß die Blankoabtretung unwirksam ist und auch nicht durch nachträgliche Ausfüllung des Namens wirksam wird, daß die Blankoverpfändung aber wirksam ist, wenn auch das Pfandrecht erst mit der abredemäßigen Ausfüllung und durch diese entsteht (RG 29. 10. 27 V 56/27). Darüber, daß ein Vertrag über die Hinterlegung von Hypothekenbriefen bei einem Notar zur Sicherheit des Darlehnsgläubigers als Verpfändung der Hypotheken selbst aufgefaßt werden kann, vgl. RG Warn 1932 Nr 137. — Wenn die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist, bedarf es zur Abtretung der Einigung über die Rechtsänderung und ihrer Eintragung in das Grundbuch (§§ 1154, 873). Handelt es sich in einem solchen Falle um eine Gesamthypothek, so entsteht das Pfandrecht daran erst, wenn die Rechtsänderung auf allen beteiligten Grundbuchblättern eingetragen ist (RG 63, 74). Eine hypothekarisch gesicherte Forderung kann ohne die Hypothek wie nicht abgetreten, so auch nicht verpfändet werden (RG Warn 1918 Nr 56). — Die schriftliche Verpfändungserklärung muß auch die Angabe der Forderung enthalten, welche gesichert werden soll (RG 136, 424). — Über die Verpfändung von Hypothekenforderungen in Bankbedingungen und ihre — zulässige — Bezeichnung durch die Bezugnahme auf ein künftiges Ereignis, den Besitzerwerb der Bank an den entsprechenden Hypothekenbriefen, vgl. RG Warn 1933 Nr 115. Zur Abtretung eines Geschäftsanteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und demgemäß auch zur Verpfändung bedarf es nach GmbHG § 15 Abs 3 eines in gerichtlicher oder notarieller Form geschlossenen Vertrags (RG 53, 107; 58, 223; JW 04, 451[1]; Warn 1912 Nr 92; bloße Übergabe der Anteilscheine genügt nicht, RG 28. 10. 21 VII 78/21). Derselben Form bedarf es zur Verpfändung des Anteils an einem Nachlaß (§ 2033 Abs 1 Satz 2; RG 90, 234). Der **schuldrechtliche Vertrag,** durch den sich jemand zur Verpfändung eines Rechtes verpflichtet, bedarf keiner Form (vgl. RG 58, 226, betr. die G. m. b. H.-Anteile). Zu beachten ist deshalb, daß in einem Verpfändungsakt, der zur Bestellung des Pfandrechts an dem Rechte nicht genügt, eine Verpflichtung zu einer solchen Bestellung liegen kann. Zu den für die Übertragung der Rechte geltenden Vorschriften gehören namentlich auch die §§ 404, 405 (RG Warn 1914 Nr 245).

2. **Verpfändung der Forderung mittels Übergabe einer Sache.** In Betracht kommt hauptsächlich die Verpfändung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld mittels Übergabe des Briefes. Aber auch Wechsel und Schecks können nach § 1274 verpfändet werden, wenn das wohl auch nicht oft vorkommen wird; vgl. das Nähere darüber § 1292 A 1. — Dadurch, daß die §§ 1205, 1206 herangezogen sind, ist die Anwendung der §§ 930 u. 931 abgelehnt und die Verpfändung unter Besitzvorbehalt ausgeschlossen, aber die Verpfändung durch Einräumen des Mitbesitzes ermöglicht (RG Warn 1914 Nr 58). Die Begründung eines bloßen Besitzdienerverhältnisses im

Sinne des § 855 reicht aber für die Übergabe nicht aus (RG 92, 265). Die bloße Verpfändung des Hypothekenbriefs hat keine Pfandwirkung, weder für die Forderung noch für den Brief (RG 28. 9. 04 V 138/04).

3. Unübertragbare Rechte, d. h. solche Rechte, die nach besonderer Gesetzesvorschrift oder nach ihrem Inhalte nicht abgetreten werden können, und insbesondere Forderungen, deren Abtretung nach § 399 durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Gesetzlich unübertragbar sind u. a. Vereinsmitgliedschaftsrechte (§ 38), unpfändbare Forderungen (§ 400; vgl. § 394 A 1 und RG 106, 125), Vorkaufsrechte (§ 514), im Zweifel Ansprüche auf persönliche Dienstleistungen (§ 613), gewisse Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis (§ 717; RG Warn 1910 Nr 55; wobei aber zu beachten, daß § 717 nachgiebiges Recht enthält, RG 11. 7. 19 VII 93/19, eine dagegen verstoßende Verfügung auch nur den geschützten Personen gegenüber unwirksam ist, RG 92, 400; Ansprüche einer Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit fallen überhaupt nicht unter § 717, RG 76, 434), ferner Schmerzensgeldansprüche § (847), der Nießbrauch (§ 1059; KG in SeuffBl 75, 719), die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1092), sowie eine Reihe von Rechten aus dem Gebiete des Familienrechts (§§ 1300, 1408, 1427, 1442, 1487, 1519, 1549, 1585, 1623, 1658), der gegen die Versicherungsgesellschaft gerichtete Befreiungsanspruch eines gegen Haftpflicht Versicherten (RG 70, 257). Nach seinem Inhalt unverpfändbar ist z. B. der Anspruch des Bausparers auf Hergabe des Baudarlehns; es ist das mit dem Vertragszweck unvereinbar. Abgetreten werden kann der Anspruch auch nur mit Zustimmung der Bausparkasse und unter gleichzeitiger Übernahme des Bausparvertrags durch den neuen Gläubiger. Durch Vertrag und mit dinglicher Wirkung kann z. B. die Verpfändbarkeit einer Hypothek ausgeschlossen werden (HRR 1934 Nr 557). — Ist bei einer Lebensversicherung ein Bezugsberechtigter genannt, so ist die Verpfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme durch den Versicherungsnehmer nur möglich, wenn er die Nennung des Bezugsberechtigten widerrufen darf und auch — der Gesellschaft gegenüber! — widerruft. Sonst erwirbt der Bezugsberechtigte bei dem Tode des Versicherungsnehmers und Versicherten unmittelbar den — vom Pfandrecht unbeschwerten — Anspruch (RG 127, 269ff., vgl. auch RG 140, 30ff.). — Eine Versicherungsforderung, welche sich auf Grundstückszubehör bezieht, kann trotz § 15 VVG verpfändet werden, denn unter unpfändbaren Sachen im Sinne dieser Vorschrift sind nur solche zu verstehen, welche keiner irgendwie gearteten Zwangsvollstreckung unterliegen, nicht aber solche, welche, wie das Grundstückszubehör, zwar nicht der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, § 865 Abs 2 ZPO, wohl aber der in das unbewegliche Vermögen unterliegen (RG 135, 160). Als besondere Gesetzesvorschriften, durch die die Abtretung und damit auch die Verpfändung von Rechten ausgeschlossen wird, kommen insbesondere auch landesrechtliche Vorschriften in Betracht. So die Vorschriften der Landesgesetze über die Unzulässigkeit der Abtretung von Gehaltsansprüchen und Ruhegehaltsansprüchen (RG DJZ 1911, 1274). Kann die Ausübung eines nicht übertragbaren Rechtes einem anderen überlassen werden, so kann auch das Recht auf Überlassung der Ausübung übertragen und verpfändet werden (Prot 3, 517). Eine solche Verpfändung begründet aber kein Pfandrecht an dem auszuübenden Rechte selbst.

§ 1275

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften, welche im Falle der Übertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, und im Falle einer nach § 1217 Abs 1 getroffenen gerichtlichen Anordnung die Vorschrift des § 1070 Abs 2 entsprechende Anwendung [1] [2].

E I 1208 II 1182; M 3 853; P 3 518.

1. Das Verhältnis des aus dem verpfändeten Rechte Verpflichteten zum Pfandgläubiger und Pfandverwalter ist gleichartig dem des Drittverpflichteten beim Nießbrauch an einem Rechte (vgl. § 1070 A 1 u. 2). Aus § 1275 in Verbindung mit § 407 Abs 1 ergibt sich, daß die Verpfändung von Forderungen, welche auf Leistungen gehen, gegen den Schuldner nicht nur wirken, wenn er durch Anzeige des Gläubigers oder Pfandgläubigers, sondern wenn er auf irgendeine Weise Kenntnis von ihr erlangt hat. Das ist RG 52, 143 für die Verpfändung von Hypothekenforderungen ausgesprochen, die ohne eine Anzeige nach § 1280 bewirkt werden kann. Ist diese Anzeige zur Entstehung des Pfandrechts notwendig, so bindet eine auf andere Art erlangte Kenntnis von dem Pfandvertrage den Schuldner nicht. — Auch die Grundschuld ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann (RG LZ 1916, 947[9]; a. M. RG 93, 236). Nach § 1291 gelten aber die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld. — Wenn ein Kraftfahrer oder ein Tank-

stellenleiter mit seinem Dienstherrn oder ein Kellner mit dem Gastwirt ausgemacht hat, sie könnten ihre Vergütung von dem vereinnahmten Geld abziehen und brauchten nur den Rest abzuführen, so kann sich der Dienstherr gegenüber einem Pfandgläubiger nicht auf diese Abrede berufen (RAG 5, 136; 6, 204; SeuffA 86 Nr 20; dazu RG 138, 258); vgl. auch JW 1930, 489[5].

2. **Entsprechende Anwendung** findet § 1275 auf das gesetzliche Pfandrecht nach § 1257, also z. B. wenn Sicherheit geleistet wird durch Hinterlegung von Geld, dies nach Landesrecht in das Eigentum des Staates übergeht und der Berechtigte ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung erwirbt (§§ 232, 233); ebenso auf das Pfändungspfandrecht, soweit nicht besondere Vorschriften der ZPO eingreifen (vgl. § 1257 A 3). Deshalb wird ein Drittschuldner, der in Unkenntnis der durch Ersatzzustellung bewirkten Pfändung an den Gläubiger zahlt, auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber befreit (RG 87, 415). — Nicht anwendbar sind die §§ 1275, 404 ff., wenn es sich fragt, ob die von einem Grundstückseigentümer einem Hypothekengläubiger gegenüber eingegangene Verpflichtung, auf eine Eigentümergrundschuld zu verzichten, auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber wirksam ist (vgl. RG Gruch 54, 159, aber auch RG Recht 06 Nr 1629). Es handelt sich bei dieser Frage nicht um das Verhältnis des Schuldners zu seinem Gläubiger, sondern um eine schuldrechtliche Verpflichtung gegenüber einem Dritten.

§ 1276

[1]) **Ein verpfändetes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. Die Vorschrift des § 876 Satz 3 bleibt unberührt.**

Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechtes, sofern sie das Pfandrecht beeinträchtigt [2]).

E I 1213 II 1184; M 3 856, 857; P 3 520, 521.

1. **Aufhebung und Änderung eines verpfändeten Rechtes.** Vgl. die Anmerkungen zu dem gleichlautenden § 1071. Eine Änderung des verpfändeten Rechtes liegt auch dann vor, wenn während Bestehens des Pfandrechts an einem Erbteil einzelne Nachlaßbestandteile veräußert oder belastet werden (RJA 6, 239; RG 90, 236; Warn 1932 Nr 138). Das gilt namentlich auch, wenn ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück veräußert werden soll und die — an sich zulässige und vom Pfandgläubiger zu betreibende — Eintragung des Pfandrechts an dem Erbteil im Grundbuch nicht bewirkt, der Pfandgläubiger also gegen die Folgen gutgläubigen Erwerbs durch einen Dritten nicht geschützt ist (KG in HRR 1934 Nr 265; KGJ 44, 174). Die Frage, ob eine Erbauseinandersetzung für den Pfandgläubiger an einem Erbanteil rechtsunwirksam ist, wenn er nicht zugestimmt hat, ist vom RG 84, 399 ebenso offen gelassen, wie es (RG LZ 1916, 592[6]) die ähnliche Frage nicht entschieden hat, ob zur Kündigung einer Gesellschaft durch einen Gesellschafter, dessen Anteil verpfändet ist, die Zustimmung des Pfandgläubigers notwendig ist. Beide Fragen sind aber zu bejahen, weil durch die Maßnahmen des Miterben und des Gesellschafters unmittelbar das verpfändete Recht aufgehoben wird — so jetzt auch für die erstere Frage RG 90, 236. Nur mittelbar trifft das zu, wenn ein Grundstückseigentümer, dessen Mieteforderung gepfändet ist, sein Haus dem Mieter aufläßt. Hier ist über das Haus verfügt, nicht über das Recht, § 1726 findet keine Anwendung (SeuffA 71 Nr 162). Zweifelhafter sind die Fragen, ob der Vermieter, dessen Mieteforderung gepfändet ist, den Mietvertrag ohne Zustimmung des Pfandgläubigers aufheben und dann durch einen neuen Vertrag ersetzen kann, oder ob ein Grundstückseigentümer ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger (§ 1127 Abs 1) eine Feuerversicherung kündigen kann. Ernstliche und nicht unlautere Maßnahmen dieser Art erscheinen aber doch zulässig (OLG 31, 358), da sie nicht unmittelbar das gepfändete Recht aufheben. — Ist ein Anteil an einer GmbH verpfändet, so erlangt der Pfandgläubiger dadurch kein Mitbenutzungs- oder Mitverwaltungsrecht. Das Stimmrecht verbleibt ungeteilt bei dem Anteilseigner (Gesellschafter), auch wenn der Wert des verpfändeten Anteils durch den Beschluß geschmälert wird und auch wenn die Zustimmung des Anteilseigners zu dem Beschluß nach § 53 GmbH notwendig ist (RG 139, 227).

2. Die Vorschriften über die Wirkungen des **guten Glaubens** dritter Erwerber bleiben unberührt (M 3, 857).

§ 1277

[1]) **Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Die Vorschriften des § 1229 und des § 1245 Abs 2 bleiben unberührt** [2]).

E I 1215 II 1184; M 3 858, 859; P 3 521.

1. **Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Rechtspfand** erfolgt mangels anderweitiger Vereinbarung, abgesehen vom Verfahren der §§ 1281—1290 (Forderungseinziehung) und den Fällen der §§ 1293—1295 (Verfahren mit Wertpapieren), auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Zwangsvollstreckungsweg. Der Vollstreckungstitel muß, wie im Falle des § 1233 Abs 2 gegen den Eigentümer des Pfandes, so hier gegen den Inhaber des verpfändeten Rechtes erwirkt werden. Ob das Urteil dahin zu fassen ist, daß die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung des Pfandgläubigers in das verpfändete Recht zulässig ist, oder dahin, daß der Inhaber des Rechtes sie zu dulden hat — so **RG** 103, 139 —, kann dahingestellt bleiben. Das Ergebnis ist in beiden Fällen das gleiche. Auf Grund dieses Vollstreckungstitels ist nicht, wie es im § 1233 Abs 2 heißt, „der Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften zu bewirken", sondern es ist „die Befriedigung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften zu suchen". Dieser Wortlaut zwingt zu der Annahme, daß die Zwangsvollstreckung hier trotz des schon bestehenden Pfandrechts mit der Pfändung zu beginnen hat (**RG** 103, 139; vgl. auch KG in DRZR 1931 Nr 163). Es kann nicht anerkannt werden, daß die Notwendigkeit einer nochmaligen Pfändung zu erheblichen Nachteilen führt. Denn bei der Forderungspfändung erfolgt die Pfändung und Überweisung regelmäßig in einem Zuge, und bei der Zwangsvollstreckung in Ansprüche, die nicht Geldforderungen sind, ist das gleiche der Fall mit der Pfändung und der sich daran schließenden Anordnung zur Herbeiführung der Befriedigung (ZPO §§ 846 ff.). Ein zwingender Grund zum Abweichen von der Regel und vom Wortlaute des Gesetzes ist also nicht ersichtlich. Die Zwangsvollstreckung in die Mieten eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks muß sich gegen den Nießbraucher richten, da diesem die Mieteforderungen kraft eigenen Rechtes zustehen (**RG** 93, 121/124; 68, 426; **RG** Warn 1922 Nr 67). — Der Pfandgläubiger kann es dem Pfandschuldner überlassen, die verpfändete Schuld gegen den Drittschuldner einzuklagen und Zahlung an den Pfandgläubiger zu verlangen. In einem solchen Falle kann aber der Drittschuldner auch mit einer Forderung gegen den Pfandgläubiger aufrechnen (**RG** LZ 21, 380). — § 1244 kann nach § 1277 Satz 1 bei dem Pfandrecht an Rechten im allgemeinen nicht eingreifen, er kann es aber, wenn ausnahmsweise und nach besonderer Abrede die Befriedigung durch freihändigen Verkauf gesucht werden darf und gesucht wird (**RG** 61, 333; 100, 274).

2. § 1246 gelangt nicht zur Anwendung. — Die einschränkende Bestimmung des **Satzes 2** wird auch durch § 1284 nicht aufgehoben (**RG** 90, 256). Wegen ihrer Anwendung auf **rechtsähnliche Verhältnisse** vgl. LZ 1915, 1333 und **RG** LZ 1907, 437 (Sicherungsabtretung einer Versicherungspolice).

§ 1278

Ist ein Recht, zu dessen Verpfändung die Übergabe einer Sache erforderlich ist, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Erlöschen des Pfandrechts durch die Rückgabe der Sache die Vorschriften des § 1253 entsprechende Anwendung [1]**.**

E I 1216 II 1185; M 3 859; P 3 521.

1. **Rückgabe der Sache, deren Übergabe zur Verpfändung des Rechtes erforderlich war,** an den Verpfänder oder Inhaber des verpfändeten Rechtes führt zum Erlöschen des Pfandrechts. Die Sache kann auch ein Wechsel sein, der, sei es nach § 1292, sei es nach § 1274 verpfändet war, vgl. A 1 zu § 1292. Im ersteren Fall geht das Pfandrecht unter, auch wenn der Wechsel nicht zurückindossiert wird. Durchstreichen des Pfandindossaments bringt dann auch die wechselmäßige Legitimation. — Ist die Sache im Besitze des Verpfänders oder Inhabers des verpfändeten Rechtes, so wird vermutet, daß er sie vom Pfandgläubiger zurückerhalten hat (vgl. § 1253 A 1—6).

§ 1279

Für das Pfandrecht an einer Forderung gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1280 bis 1290 [1—3]**.**

E II 1186; P 3 541.

1. Die Vorschriften der §§ 1280—1290 treten für das **Pfandrecht an Forderungen** als besondere Vorschriften neben die der §§ 1273—1278 und die nach § 1273 entsprechend anzuwendenden noch allgemeineren Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Sie beschränken und ändern diese allgemeineren Vorschriften, soweit sie ihnen entgegenstehen, ergänzen sie im übrigen und werden selbst wieder für die Fälle des Pfandrechts an Wertpapieren geändert, beschränkt und ergänzt durch die §§ 1292—1296.

2. Auch an Forderungen, die gegen den Pfandgläubiger selbst bestehen, kann ein Pfandrecht zu dessen Gunsten bestellt werden, das Ergebnis ist dann ein **Pfandrecht an eigener Schuld** (**RG** 57, 363; 116, 207; LZ 1922, 557[4]). Die so verpfändete Forderung kann auch dem Pfand-

schuldner zustehen (RG 116, 207; 20. 5. 11 V 505/10). — Wegen einer Pfandbestellung auf Zeit vgl. RG 68, 141.

3. Eine besondere Vorschrift gilt für die Verpfändung von Forderungen gegen das Reich, die in das **Reichsschuldbuch** eingetragen sind, nach § 11 des Reichsschuldbuchgesetzes v. 31. 5. 91 in der Fassung der Bek. v. 31. 5. 10 (RGBl 843). Die Verpfändung erlangt dem Reiche gegenüber nur durch die Eintragung in das Buch Wirksamkeit. Über den Vorbehalt zu ähnlichen Bestimmungen für die **Staatsschuldbücher** vgl. EG Art 97. Vorschriften über den **öffentlichen Glauben** von Eintragungen im **Reichsschuldbuch** sind enthalten im Zweiten Teil Kap. VI Art 2 der Zweiten Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. 6. 1931 (RGBl I 279). Ähnliche Vorschriften, welche in Art 15 der vom Reichsminister der Finanzen unter dem 7. 6. 1928 erlassenen Verordnung zur Durchführung des Kriegsschädenschlußgesetzes vom 30. 3. 1928 (RGBl I 159) enthalten waren, hatte das RG durch Urteil vom 13. 3. 31 VII 346/30 mit Recht für ungültig erklärt, weil der Minister zu ihrem Erlaß nicht ermächtigt war. Die Vorschriften in der VO des Reichspräsidenten sind gültig (RG 15. 3. 32 VII 400/31). Bemerkenswert ist darin, daß der gute Glaube eines dritten Pfandrechtserwerbers nicht nur geschützt wird, wenn er das Pfandrecht durch Rechtsgeschäft erwirbt, sondern auch, wenn das im Wege der Pfändung geschieht. Dieses Abweichen von den sonst üblichen Vorschriften über die Wirkungen des guten Glaubens, vgl. z. B. A 4 zu § 892, beruht wohl auf dem Bestreben, der Schuldbuchverwaltung möglichst unanfechtbare Unterlagen für ihre Zahlungen zu geben.

§ 1280

Die Verpfändung einer Forderung [1]), zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt [2]), ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt [3]).

E I 1211 II 1187; M 3 855, 856; P 3 510, 520, 541.

1. **Forderung.** Die Verpfändung von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. oder von anderen Gesellschafts-Geschäftsanteilen untersteht der Vorschrift des § 1280 nicht, da diese Anteile nicht Forderungen sind (RG 57, 415). Ob dabei der Gesellschaftsanteil als solcher verpfändet wird oder der Anspruch des Gesellschafters auf Herausgabe der ihm nach der Auseinandersetzung zuzuteilenden Sachen oder Rechte, macht keinen Unterschied, es handelt sich immer um das nämliche Recht (RG 67, 332). Ebenso trifft § 1280 nicht zu bei der Verpfändung eines Erbteils (RG 84, 398); anders bei der Verpfändung einer Pflichtteils- oder Vermächtnisforderung. Die durch den Vertrag begründeten Schürf- und Bohrrechte sind in dem Geltungsgebiet des preußischen Allgemeinen Berggesetzes dingliche Rechte, nicht Forderungen (RG 97, 38).

2. **Daß zur Übertragung der Abtretungsvertrag genügt,** bildet nach § 398 bei Forderungen die **Regel.** Deshalb ist zur Verpfändung einer Forderung in der Regel die Anzeige nötig. Auch zur Verpfändung eines Sparkassenguthabens genügt die Übergabe des Sparkassenbuchs nicht, sondern ist die Anzeige erforderlich (OLG 18 S. 189, 192). Das gleiche gilt von der Verpfändung von Versicherungsforderungen, insbesondere aus Lebensversicherungen. Die Übergabe der Police und die Vorlegung der Verpfändungsurkunde durch den Pfandgläubiger an die Versicherungsgesellschaft genügt nicht. Es ist Anzeige des Gläubigers der Versicherungsforderung (vgl. RG Warn 1913 Nr 135) an die Versicherungsgesellschaft nötig. Auch die mangels Anzeige nicht wirksam gewordene Verpfändung als Abtretung aufrechtzuerhalten (§ 140), geht nicht an (RG 79, 306), dagegen kann sie als schuldrechtliche Verpflichtung zur Verpfändung wirksam sein. Ausnahmen sind insbesondere die Hypothekenforderungen (vgl. § 1274 A 1), sodann die Forderungen aus Wechseln und sonstigen Papieren, die durch Indossament übertragen werden können. In diesen Ausnahmefällen tritt die Wirkung der Verpfändung bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 1274 auch gegenüber dem Schuldner der verpfändeten Forderung sofort, ohne Anzeige an ihn und ohne seine Kenntnis, ein. Hat er in solchem Falle in Unkenntnis der Verpfändung, aber gegen Aushändigung des Hypothekenbriefs oder sonstigen Papiers und deshalb mit befreiender Wirkung gezahlt, so ist er nach § 407 geschützt (RG 52, 143). — Wegen der Verpfändung von Reichsschuldbuchforderungen vgl. § 1279 A 3.

3. **Die Verpfändungsanzeige** entspricht dem bei der Verpfändung beweglicher Sachen geltenden Erfordernis der Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger und ersetzt sie. Die Anzeige ist einseitig mittelbare, empfangsbedürftige Willenserklärung (Vorbem 1 vor § 116). Notwendig ist die bewußte und gewollte Mitteilung, die Kundgebung des Willens, anzuzeigen (RG 6. 1. 33 VII 284/32; in dem hier entschiedenen Falle ist eine Anzeige nicht angenommen worden, weil dem Drittschuldner eine schriftliche Verpfändungserklärung in Abschrift und mit dem Bemerken mitgeteilt worden war, daß die Verpfändungsanzeige unterblieben, die Verpfändung deshalb ungültig sei). In der Anzeige liegt die tatsächliche Anerkennung der Schuld an den Pfandgläubiger und das Versprechen, die Verpfändung gegen sich gelten zu lassen. Es braucht dies aber nicht der Zweck der Anzeige zu sein; ebenso ist die Wirksamkeit der Anzeige nicht davon abhängig, daß sie in

der Absicht oder auch nur im Bewußtsein gemacht wurde, dadurch die Verpfändung zum Abschlusse zu bringen (RG JW 04, 485[8]; RG 68, 282; 89, 289). — Dies vorausgesetzt bedarf die Anzeige nicht ausdrücklicher Worte, sie kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Gleichgültig ist auch, ob der Gläubiger die Anzeige ungefragt oder erst auf Anfrage des Schuldners macht (RG 13. 6. 11 VII 574/10). Für genügend erachtet ist sogar das bloße Stillschweigen auf eine Mitteilung des Schuldners, daß ihm eine Verpfändung bekannt geworden sei (RG 89, 291); weniger bedenklich RG 13. 6. 18 IV 386/17, wo es der Anzeige gleichgestellt ist, wenn der verpfändende Gläubiger dem Schuldner gegenüber die diesem bereits anderweit bekannt gewordene Verpfändung anerkennt. Eigenartig lag der Fall RG LZ 1922, 557[4], wo A dem B für dessen Forderung an C seine, des A, Forderung an B verpfändet hatte. Eine besondere Anzeige war hier nicht nötig, weil der Pfandgläubiger gleichzeitig der Schuldner der verpfändeten Forderung war. Ebenso RG 116, 207. — Erst mit der Anzeige durch den Gläubiger an den Schuldner kommt das mit der Einigung über die Verpfändung begonnene Verpfändungsgeschäft zur Vollendung. Wie daher einerseits das von dem Rechtsvorgänger durch den Abschluß des Verpfändungsvertrags begonnene Geschäft nach dessen Tode vom Rechtsnachfolger fortgesetzt und vollendet werden kann (RG JW 04, 485[8]), so ist anderseits für die Frage der Anfechtung der Verpfändung im Konkurs der Zeitpunkt der Anzeige maßgebend (RG JW 02, 185[21]). Da die Anzeige Willenserklärung des Gläubigers ist, kann sie nicht schon dadurch ersetzt werden, daß der Schuldner vom Verpfändungsvertrag anderweit Kenntnis erlangt (RG 13. 6. 11 VII 574/10). Sie wird aber durch Anzeige desjenigen, dem die Forderung verpfändet wird, also des Pfandgläubigers, an den Schuldner dann ersetzt, wenn diese Anzeige mit dem Willen des verpfändeten Gläubigers erfolgt. Anzeige durch Stellvertreter ist zulässig und wirksam, wenn der Stellvertreter sich als solcher zu erkennen gibt, Stellvertreter kann auch der Pfandgläubiger sein (RG 79, 308). Vgl. aber wegen der Anzeige durch Bevollmächtigte und wegen der Unzulässigkeit nachträglicher stillschweigender Genehmigung einer von einem Nichtbevollmächtigten gemachten Anzeige § 1205 A 9. Die dingliche Bindung tritt auch für die den Verpfändungsvertrag Schließenden erst mit der Anzeige des Gläubigers an den Schuldner ein. Wird die Anzeige zwar unterlassen, aber eine über die Forderung lautende Urkunde (Lebensversicherungspolice) zur Sicherheit übergeben, so kann ein allerdings nur schuldrechtlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht an der Urkunde begründet sein (RG 51, 83). Schuldrechtlich ist der Gläubiger dem Schuldner gegenüber auch berechtigt, sich wegen seiner Ansprüche aus der Forderung zu befriedigen, die verpfändet werden sollte (JW 1919, 117). — Gemäß § 1275 löst eine Anzeige nach § 1280 auch die Wirkungen des § 409 aus.

§ 1281

Der Schuldner kann nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten [1]). Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet wird [2]); jeder kann statt der Leistung verlangen, daß die geschuldete Sache für beide hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird [3]).

E I 1217 II 1188; M 3 861; P 3 522—524, 541.

1. Verfangenschaft der verpfändeten Forderung. Die Vorschrift enthält trotz ihrer Fassung — kann nur — nachgiebiges Recht (vgl. § 1284). Solange der Pfandgläubiger noch nicht in der Lage ist, sich aus dem Pfande zu befriedigen, also solange die Forderung des Pfandgläubigers noch nicht fällig oder doch — wenn der geschuldete Gegenstand nicht in Geld besteht — noch nicht in eine Geldforderung übergegangen ist, wird das Pfandrecht durch die Bestimmung geschützt, daß nicht mehr an den Gläubiger der verpfändeten Forderung allein, sondern nur an den Gläubiger und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich geleistet werden darf. Leistet der Schuldner dieser Bestimmung zuwider doch an seinen Gläubiger allein oder trifft er mit dem Gläubiger Abreden, die den Bestand der gepfändeten Forderung gefährden oder das Pfandrecht irgendwie beeinflussen können, so muß er sich vom Pfandgläubiger so behandeln lassen, wie wenn er nicht geleistet hätte, und gegebenenfalls ist er schadensersatzpflichtig (RG 77, 250; 108, 320). Eine Klage des Gläubigers auf Zahlung an ihn allein ist unbegründet. Verlangt er nachträglich Zahlung an sich und den Pfandgläubiger, so muß er die Prozeßkosten tragen, wenn der Schuldner diesen Antrag sofort anerkennt (RG 52, 144). Die Antragsänderung ist nach § 268 Nr 2 ZPO zulässig (RG 93, 198). Eine von § 1281 abweichende Regelung ist regelmäßig als gewollt anzusehen, wenn ein Pächter Unterpachtverträge abschließt; der Pachtzinsanspruch des Pächters unterliegt dann zwar dem gesetzlichen Pfandrecht seines Verpächters, A 1 zu § 585, die Unterpächter dürfen aber an den Pächter allein zahlen. So auch JW 1932, 1066[2], wo aber der entscheidende Vertragswille nicht genügend betont ist. — Der Versicherungsnehmer darf die nur gepfändete Versicherungsforderung mit den Maßgaben des § 1281 auch noch allein einklagen. Sie erlischt daher, wenn

die Klage nicht innerhalb der in den Allg. Verſ. Bed. vorgeſehenen Friſt erhoben wird. Das muß auch der Pfandgläubiger hinnehmen, ſein Pfandrecht erſtreckt ſich auf die Forderung in ihrem jeweiligen Zuſtande. Ob die Säumnis entſchuldbar war, iſt aus der Perſon des Pfandſchuldners zu beurteilen. Entſprechendes gilt auch bei einer Verpfändung (RG 12. 4. 32 VII 408/31).

2. **Das Verlangen** auf Leiſtung zu gemeinſchaftlichen Händen **zu ſtellen** und nötigenfalls im Klagewege geltend zu machen, **iſt ſowohl der Gläubiger wie der Pfandgläubiger berechtigt.** Jeder kann die Mitwirkung des anderen dazu beanſpruchen, ſoweit ſie erforderlich iſt (§ 1285 Abſ 1). Keiner aber iſt dem anderen gegenüber verpflichtet, die Forderung für beide einzuziehen. Klagt der Pfandgläubiger als Hauptintervenient gegen Gläubiger und Schuldner auf Anerkennung ſeines Pfandrechts, ſo kann der Rechtsſtreit beiden Beklagten gegenüber nur einheitlich entſchieden werden (RG 64, 321). — Ein nach § 1281 erhobener Anſpruch auf Zahlung einer beſtimmten Geldſumme an den Gläubiger und den Pfandgläubiger gemeinſchaftlich, nicht aber auch der Anſpruch auf Hinterlegung, kann im Urkundenprozeß verfolgt werden (RG 104, 37). Wegen Aufrechnung gegen den Pfandgläubiger gegenüber der Klage des Gläubigers vgl. § 1277 A 1 a. E.

3. Die Vorſchriften des § 1281 ſind auch auf das Arreſtpfandrecht an Forderungen **entſprechend anwendbar** (RG JW 1912, 753[18]; RG 104, 35). Die Entſcheidung iſt angefochten, ſie iſt aber richtig und neuerdings beſtätigt worden (RG 108, 320; vgl. auch 138, 255). Die — bei der Arreſtpfändung ausgeſchloſſene — Überweiſung nach § 835 ZPO iſt nur nötig, damit der Pfandgläubiger die Forderung für ſich, d. h. zu ſeiner Befriedigung, einziehen kann. Im Gegenſatz dazu handelt es ſich bei der entſprechenden Anwendung des § 1281 nur um Sicherungszwecke.

§ 1282

Sind die Vorausſetzungen des § 1228 Abſ 2 eingetreten, ſo iſt der Pfandgläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt [1]) und kann der Schuldner nur an ihn leiſten [2]). Die Einziehung einer Geldforderung ſteht dem Pfandgläubiger nur inſoweit zu, als ſie zu ſeiner Befriedigung erforderlich iſt [1]). Soweit er zur Einziehung berechtigt iſt, kann er auch verlangen, daß ihm die Geldforderung an Zahlungsſtatt abgetreten wird [3]).

Zu anderen Verfügungen über die Forderung iſt der Pfandgläubiger nicht berechtigt [4]); das Recht, die Befriedigung aus der Forderung nach § 1277 zu ſuchen, bleibt unberührt [5]) [6]).

E I 1218 II 1189; M 3 861—863; P 3 522—525, 530, 541.

1. **Einziehungsrecht des Pfandgläubigers.** Es tritt neben ſeine Befugnis, nach § 1277 zu verfahren. Das Erfüllungsverlangen des einziehungsberechtigten Pfandgläubigers an den Pfandſchuldner hat einerſeits den Beſtand und die Fälligkeit der verpfändeten Forderung und anderſeits die eigene Einziehungsberechtigung des Pfandgläubigers, alſo den Beſtand ſeiner eigenen Forderung als Geldforderung und deren Fälligkeit (vgl. RG 78, 34) ſowie den Beſtand des Pfandrechts zur Vorausſetzung. Alle dieſe Vorausſetzungen hat der einziehende Pfandgläubiger nötigenfalls nachzuweiſen (RG 15. 5. 07 V 509/06). Kraft ſeiner Einziehungsbefugnis kann der Pfandgläubiger auch Quittung und Löſchungsbewilligung erteilen. Soweit dem Schuldner gegen den Gläubiger Einreden wegen der Schuld zuſtehen, können ſie auch gegen den einziehenden Pfandgläubiger geltend gemacht werden. Dieſer muß ſich grundſätzlich (vgl. §§ 1275, 406) auch die Aufrechnung gefallen laſſen, die dem Schuldner wider den Gläubiger der verpfändeten Forderung zuſteht (RG 20. 2. 06 VII 239/05). Vgl. auch BayObLGZ 13, 63. — Der Rechtsſtreit des einziehungsberechtigten Vertragspfandgläubigers greift der Forderung des Gläubigers nicht vor (RG 83, 120). — Der Pfandgläubiger hat bei der Verwertung des Pfandes den Nutzen des Pfandſchuldners zu berückſichtigen, ſoweit das ohne Beeinträchtigung ſeines eigenen Rechtskreiſes möglich (RG 25. 2. 05 V 554/04).

Abſ 1 Satz 2 hindert nicht, daß der Pfandgläubiger im Konkurſe die volle Forderung anmeldet. Er hindert aber, daß der Verpfänder einen höheren Betrag zur Zahlung an den Pfandgläubiger einklagt, als zu deſſen Befriedigung erforderlich iſt (RG 6. 5. 29 IV 705/28). Hier lag die Sache inſofern eigentümlich, als der Drittſchuldner dem Pfandgläubiger gegenüber den Beſtand der Forderung anerkannt und dabei gewußt hatte, daß der Pfandgläubiger ſich in ſeinen Entſchlüſſen durch das Vertrauen auf den Beſtand der Forderung beeinfluſſen laſſe. Deshalb war zwar dem Pfandgläubiger gegenüber ein Verzicht des Drittſchuldners auf die Aufrechnung mit den ihm gegen den Verpfänder zuſtehenden Forderungen angenommen worden, aber der Verzicht ging doch nur ſo weit, als das Intereſſe des Pfandgläubigers reichte (RG 71, 184). Da der Verpfänder mehr einklagte, als der Pfandgläubiger zu fordern hatte, klagte er inſoweit aus eigenem Recht; ihm gegenüber lag kein Verzicht vor, hier war die Aufrechnung zuläſſig.

2. Die Stellung des Gläubigers zum Schuldner erleidet durch den Eintritt der Einziehungsberechtigung des Pfandgläubigers insofern eine Änderung, als an ihn nicht mehr geleistet werden kann. Dies hindert ihn nicht, von dem Schuldner die Leistung an den Pfandgläubiger zu verlangen, vgl. A 1 Abs. 2 und **RG** 49, 201; 77, 145; Gruch 49, 1061. Eine Verpflichtung, auf diesem Wege die Leistung an den Pfandgläubiger zu erzwingen, besteht für den Gläubiger nach dem Gesetze nicht. Auch eine Pflicht zur Mitwirkung bei der Einziehung ergibt sich im Falle des § 1282 (anders als im Falle des § 1281) für den Gläubiger aus dem Gesetze nicht. Für den Fall aber, daß der Gläubiger durch Widerspruch gegen die Leistung des Schuldners an den Pfandgläubiger den Schuldner zur Leistungsverweigerung und Hinterlegung veranlaßt hat, ist angenommen worden, daß der Pfandgläubiger den Gläubiger im Klagewege zwingen kann, in die Leistung an ihn einzuwilligen (**RG** 20. 2. 06 VII 239/05). Wenn der Pfandgläubiger dem Gläubiger überläßt, die verpfändete Forderung an seiner Stelle vom Schuldner einzuziehen, dann kann dieser dem Gläubiger gegenüber mit einer ihm gegen den Pfandgläubiger zustehenden Forderung aufrechnen (**RG** LZ 1921, 380). Die Frage, wem beim Bestehen mehrerer Pfandrechte an einer Forderung die Ausübung des Einziehungsrechts zukommt, ist in § 1290, die Frage der Einziehungspflicht des Pfandgläubigers in § 1285 Abs 2, endlich die Frage nach den Rechtswirkungen der geschehenen Einziehung in den §§ 1287, 1288 geregelt.

3. Die Stellung des Pfandgläubigers zum Schuldner gleicht, soweit er einziehungsberechtigt ist, der des Rechtsnachfolgers des Gläubigers im Sinne des § 727 ZPO. Er kann deshalb insoweit auch für sich eine vollstreckbare Ausfertigung der Schuldurkunde verlangen, in der der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (BayObLGZ 11, 222). Das Kammergericht hat dem Pfandgläubiger auch das Recht beigelegt, die kraft Rückwirkung stattfindende **Aufwertung** der verpfändeten Hypothek nach § 16 AufwG anzumelden und die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch zu beantragen (JW 1926, 831). — Wird eine verpfändete Hypothek nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (§ 1228 Abs 2) auf Grund des Pfandrechts und des Pfandverwertungsrechts nach §§ 1282, 1284 an den Pfandgläubiger abgetreten, so kann er sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch dann berufen, wenn bei der Hypothek vor der Abtretung, aber nach der Verpfändung und nach Eintritt der Verkaufsberechtigung ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist (**RG** 1. 4. 16 V 30/16).

4. Ausschluß anderweitiger Verfügungen über die gepfändete Forderung. Ausgeschlossen — und zwar mit dinglicher Wirkung — ist insbesondere das Recht des Pfandgläubigers zur Veräußerung der Forderung (**RG** 58, 107; 97, 39). Im übrigen ist „Einziehung" aber nicht im engsten Sinne aufzufassen (**RG** 58, 108). Bei einer Geldforderung wird der Pfandgläubiger eine Sache an Zahlungsstatt annehmen dürfen, mit der Wirkung allerdings, daß seine eigene Geldforderung an den Pfandschuldner dadurch getilgt wird. Mit dieser Wirkung erscheinen auch andere Verfügungen über eine verpfändete Geldforderung zulässig, z. B. Schenkung, Erlaß. Geht die verpfändete Forderung nicht auf Geld, so steht § 1287 im Wege. Ob dem Pfandgläubiger verwehrt sein soll, mit der ihm zur Einziehung zur Verfügung stehenden Forderung gegen eine Forderung aufzurechnen, die der Schuldner gegen ihn hat, oder ob eine solche Verfügung über den Rahmen der erlaubten Einziehung hinausgeht, ist streitig. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Frage der Aufrechnungsbefugnis des Pfandgläubigers bei Geldforderungen zu bejahen (**RG** 58, 109).

5. Auch § 1282 enthält **nachgiebiges Recht.** Bei entsprechender Vereinbarung nach § 1284 darf der Pfandgläubiger z. B. auch einen nichtöffentlichen Verkauf der Forderung vornehmen. Immer gilt aber § 1277 Abs 2. Jene Vereinbarung darf also nicht vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen werden (**RG** 90, 256). Dasselbe gilt, ebenfalls nach § 1277 Abs 2, von der Verfallabrede des § 1229. Eine Ausnahme wird auch nicht durch § 1282 Abs 1 Satz 3 begründet.

6. Entsprechend angewendet ist § 1282 auf die Durchführung des dem Haftpflichtgläubiger im Konkurse des Haftpflichtschuldners nach § 157 des Versicherungsvertragsgesetzes zustehenden Rechtes auf abgesonderte Befriedigung aus dem Entschädigungsanspruch des Haftpflichtschuldners gegen die Versicherungsgesellschaft (**RG** 93, 209ff.).

§ 1283

[1]) **Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so bedarf der Gläubiger zur Kündigung der Zustimmung des Pfandgläubigers nur, wenn dieser berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen [2]).**

Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger erklärt wird.

Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 eingetreten, so ist auch der

Pfandgläubiger zur Kündigung berechtigt [3]); für die Kündigung des Schuldners genügt die Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger.

E I 1217, 1218 II 1190; M 3 860—862; P 3 525—527, 530, 541.

1. **Kündigungsrecht.** Die Frage der Kündigung ist für die Zeit vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers in Abs 1, 2, für die Zeit nach dem Eintritte dieses Rechtes in Abs 3 geregelt. Alle diese Vorschriften enthalten nachgiebiges Recht (§ 1284). — Sind die Ansprüche aus einer Lebensversicherung verpfändet, so darf richtiger Ansicht nach der Pfandgläubiger das Versicherungsverhältnis nicht kündigen, um dadurch die Rückkaufssumme zu erlangen.

2. Die **Berechtigung, die Nutzungen der verpfändeten Forderung zu ziehen,** kann nur auf Grund besonderer Vereinbarung nach § 1213 Abs 1 bestehen. Die Rechtsvermutung des § 1213 Abs 2 greift nicht Platz, weil Forderungen, auch wenn sie verzinslich sind, nicht zu den „von Natur fruchttragenden Sachen" gerechnet werden können. Wegen der Zustimmung vgl. die §§ 182—184. Die Zustimmung des Pfandgläubigers könnte danach sowohl dem Gläubiger wie dem Schuldner gegenüber erklärt werden. Wird sie dem Gläubiger gegenüber erklärt, so kann der Schuldner die Kündigung des Gläubigers auf Grund der §§ 182 Abs 3, 111 bei Nichtvorlegen einer schriftlichen Einwilligung zurückweisen. Die Zurückweisung ist auch gegen den Versuch der Kündigung unter Vorbehalt der nachträglichen Zustimmung des Pfandgläubigers zulässig.

3. Ist das Pfandrecht an einer Forderung nur **auf eine bestimmte Zeit bestellt,** so genügt es zur Einhaltung der Frist, wenn der Pfandgläubiger vor ihrem Ablauf die verpfändete Forderung nach § 1283 Abs 3 kündigt. Wann die Kündigungsfrist endet und wann der Pfandgläubiger sich aus dem Pfande befriedigt, ist unerheblich (RG 27. 9. 15 V 275/15).

§ 1284

Die Vorschriften der §§ 1281 bis 1283 finden keine Anwendung, soweit der Pfandgläubiger und der Gläubiger ein anderes vereinbaren [1]).

E II 1191; P 3 542; 4 601.

1. **Vereinbarungen über abweichendes Verfahren.** Aus der Vorschrift ergibt sich keine Einschränkung des § 1277 Satz 2, der für das Pfandrecht an Rechten allgemeine Geltung beansprucht. Die §§ 1229, 1245 Abs 2 sind also als Schranken für die Vereinbarungsfreiheit in der Zeit bis zum Eintritte der Befriedigungsberechtigung auch hier entsprechend anzuwenden (RG 90, 256). Die Vereinbarungen sind gültig, auch wenn sie dem Drittschuldner nicht nach § 1280 angezeigt werden. Ihn schützt § 1275. Immerhin empfiehlt sich die Anzeige.

§ 1285

Hat die Leistung an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich zu erfolgen, so sind beide einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken, wenn die Forderung fällig ist [1]).

Soweit der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Forderung ohne Mitwirkung des Gläubigers einzuziehen, hat er für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen [2]). Von der Einziehung hat er den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist [3]).

E I 1217, 1218 II 1192; M 3 862, 863; P 3 530, 532, 542.

1. Die **Mitwirkung** ist für die Zahlungsannahme geboten. Sie kann im Klagwege erzwungen werden (vgl. § 1078 A 1). Im übrigen bleibt sowohl dem Gläubiger als auch dem Pfandgläubiger nach § 1281 Satz 2 das Recht, allein die Hinterlegung oder die Ablieferung der Sache an einen Verwahrer zu verlangen.

2. Die **Einziehungspflicht** besteht auch schon vor dem Eintritte der Befriedigungsberechtigung, wenn durch Vereinbarung dem Pfandgläubiger das Recht eingeräumt ist, die Forderung allein einzuziehen. Wegen des Gebots der ordnungsmäßigen Einziehung vgl. § 1074 A 2. Wird zur Einziehung Klage nötig, so kann der Pfandgläubiger nach § 72 ZPO dem Gläubiger den Streit verkünden. Der Pfandgläubiger hat anderseits nur die Einziehungspflicht, nicht außerdem noch die Pflicht, auch anderweit als bei der Einziehung (vgl. darüber § 1282 A 1) den Nutzen des Gläubigers und des Schuldners wahrzunehmen. Der Pfandgläubiger einer Hypothekforderung ist also nicht verpflichtet, bei einem von dritter Seite eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren zur Deckung der verpfändeten Hypothek Gebote abzugeben (RG JW 1910, 20).

3. **Benachrichtigungspflicht** (vgl. § 1241). Dabei wird das Ergebnis der Einziehung mitzuteilen und insbesondere bei Geldforderungen der eingegangene Betrag anzugeben sein.

§ 1286

Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so kann der Pfandgläubiger, sofern nicht das Kündigungsrecht ihm zusteht, von dem Gläubiger die Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Gläubiger von dem Pfandgläubiger die Zustimmung zur Kündigung verlangen, sofern die Zustimmung erforderlich ist [1]).

E I 1217 II 1193; M 3 860, 861; P 3 525, 527, 542.

1. **Pflicht zur Kündigung der verpfändeten Forderung** wegen Gefährdung. Die Vorschrift ist ihrem Zwecke nach verwandt mit den Vorschriften der §§ 1218 u. 1219 und der des § 1078 Satz 2. Dem Pfandgläubiger ist, sofern nicht anderweitige Vereinbarungen bestehen, die Kündigung versagt, solange seine Befriedigungsberechtigung noch nicht eingetreten ist. Der Gläubiger ist im Falle des Nutzungspfandes gebunden, die Zustimmung des Pfandgläubigers zur Kündigung einzuholen (§ 1283). Ob eine Gefährdung der Sicherheit der Forderung im Sinne des § 1286 vorliegt, ist nach den Umständen zu würdigen. Daß die gefährdenden Umstände erst nach der Pfandbestellung eingetreten sind, ist nicht Voraussetzung des Schutzes des § 1286. Die Kündigung kann verlangt werden, auch wenn der Schuldner schon bei Entstehung der Schuld in schlechten Vermögensverhältnissen war. Dagegen kann die Kündigung nicht wegen unvorteilhafter Anlegung verlangt werden, etwa um das Zinsenerträgnis zu verbessern. — Die Vollstreckung des Urteils erfolgt im Falle des Satzes 1 nach § 888 ZPO, im Falle des Satzes 2 nach § 894 ZPO.

§ 1287

Leistet der Schuldner in Gemäßheit der §§ 1281, 1282, so erwirbt mit der Leistung der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstande. Besteht die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, so erwirbt der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek [1]) [2]) [3]).

E I 1219 II 1194; M 3 864, 865; P 3 532, 533, 536, 542.

1. **Wirkungen der Einziehung der verpfändeten Forderung.** Die nächste Folge der Leistung des Schuldners, also der Erfüllung der verpfändeten Forderung, ist das Erlöschen der Forderung (§ 362) und damit auch das Erlöschen des daran bestellten Pfandrechts. Das letztere erlischt jedoch nicht ohne Ersatz, sofern nicht schon durch die Leistung des Schuldners die Befriedigung des Pfandgläubigers eingetreten ist (§ 1288 Abs 2). Ersatzpfand für die erloschene Pfandforderung wird der zufolge der Einziehung vom Schuldner geleistete Gegenstand, sei es Geld oder ein anderer Gegenstand, z. B. die Wertpapiere, die eine Bank in Erfüllung eines ihr verpfändeten Anspruchs auf Lieferung dem Kunden nach §§ 3, 7 DepotG übereignet (RG 116, 207). Der Gläubiger erwirbt den geleisteten Gegenstand ohne Unterschied, ob an ihn und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich geleistet ist oder an den letzteren allein, und zwar erwirbt der Gläubiger daran, wenn der Gegenstand eine bewegliche Sache oder ein Grundstück ist, das Eigentum, der Pfandgläubiger aber erwirbt an der Sache ein Pfandrecht, an dem Grundstücke eine Sicherungshypothek. Diese entsteht ohne Eintragung; wird das Grundstück nur gegen Eintragung einer Restkaufgeldhypothek aufgelassen, so geht diese der Sicherungshypothek im Range vor. Wenn an dem Pfandgläubiger allein zu leisten ist, handelt er bei dem Eigentumserwerb, soweit die Einigung über den Eigentumsübergang in Betracht kommt, § 929 A 5 Abs 2, für den Gläubiger als dessen Vertreter kraft gesetzlicher Vorschrift (vgl. § 1075). Es ist deshalb insoweit auch § 166 Abs 1 anzuwenden. Wird die Forderung nach § 1281 eingezogen, so erwerben der Gläubiger und der Pfandgläubiger gemeinschaftlich unmittelbaren Besitz, wird sie nach § 1282 eingezogen, so erwirbt nur der Pfandgläubiger unmittelbaren, der Gläubiger mittelbaren Besitz an der Sache. Auf Grund seines neuen Pfandrechts, nun Pfandrechts an der Sache, kann der Pfandgläubiger, wenn seine Befriedigungsberechtigung eingetreten ist, zur Befriedigung seiner Forderung aus der verpfändeten beweglichen Sache nach §§ 1228 ff., zur Befriedigung aus dem Grundstücke nach § 1147 weiter vorgehen. Besteht der Gegenstand der Leistung nicht in einer beweglichen Sache oder einem Grundstücke, sondern in der Verschaffung eines Rechtes, so wird durch die Leistung dem Gläubiger das Recht, dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an dem Rechte erworben. Die Fälle zu regeln, in denen an dem Gegenstand der Forderung ein Pfandrecht nicht bestehen kann, ist den Beteiligten überlassen. —

Was von den Grundstücken gilt, gilt auch von den grundstücksgleichen Rechten. Aber auch der Ansicht ist beizutreten, daß § 1287 entsprechend anwendbar, wenn ein Anspruch auf Bestellung eines Rechtes an einem Grundstück oder ein Grundbuchberichtigungsanspruch verpfändet ist. Mit der Eintragung des Rechtes entsteht auch das Pfandrecht daran. — Für das Pfändungspfandrecht enthält § 848 ZPO eine entsprechende Vorschrift; nach § 13 EntlVO entsteht hier die Sicherungshypothek als Höchstbetragshypothek.

2. **Schuldscheine** und ihnen gleichstehende Urkunden unterliegen dem Pfandrecht des Forderungspfandgläubigers nach § 952. Ein selbständiges Pfandrecht an ihnen kann nicht bestellt werden. Wem also der Pfandschein eines Leihhauses zu Sicherungszwecken übergeben ist, ohne daß ihm aber die Forderung an das Leihhaus auf Rückgabe der in Pfand gegebenen Sache rechtsgültig verpfändet wäre, der kann an der von ihm bei dem Leihhaus eingelösten Sache kein Pfandrecht nach § 1287 erwerben. Es wird ihm nur ein bloß schuldrechtlich wirksames Zurückbehaltungsrecht zugebilligt werden können (RG 51, 86; 66, 27). Über die Frage, ob der Gerichtsvollzieher einen im Besitz des Schuldners vorgefundenen Pfandschein — oder auch ein Sparkassenbuch — pfänden darf, vgl. JW 1922, 505ff.

3. Auch der dem § 1287 **entgegengesetzte Fall** kann eintreten, der Pfandgegenstand kann sich in ein Forderungsrecht verwandeln. Das geschieht z. B., wenn der Anteil an einer GmbH gepfändet wird und die Satzungen bestimmen, daß der Anteil im Falle seiner Pfändung gegen Entschädigung eingezogen wird. Bei Familiengesellschaften kommt das im Zusammenhang mit der — die Pfändung und Verwertung ja nicht ausschließenden — Anordnung vor, daß die Anteile nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen. An die Stelle des gepfändeten GmbH-Anteils tritt in solchem Falle der Anspruch auf Auskehrung des Gesellschaftsguthabens. Die Rechtsregel des dinglichen Ersatzes, welche zugunsten des Pfandgläubigers für den im § 1287 selbst behandelten Fall gilt, muß auch für den umgekehrten Fall gelten. In dem obigen Beispiel unterliegt also der Auskehrungsanspruch dem Pfändungspfandrecht (RG 142, 378f.).

§ 1288

Wird eine Geldforderung in Gemäßheit des § 1281 eingezogen, so sind der Pfandgläubiger und der Gläubiger einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß der eingezogene Betrag, soweit es ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers tunlich ist, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Pfandgläubiger das Pfandrecht bestellt wird. Die Art der Anlegung bestimmt der Gläubiger [1]).

Erfolgt die Einziehung in Gemäßheit des § 1282, so gilt die Forderung des Pfandgläubigers, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt [2]).

E I 1219, 1221 II 1195; M 3 865, 866; P 3 532—534, 542.

1. **Die Anlegung des eingezogenen Geldes**, das an die Stelle der durch die Leistung erloschenen Forderung getreten ist, kann nur in Frage kommen, wenn die Befriedigungsberechtigung des Pfandgläubigers noch nicht eingetreten ist. Denn andernfalls dient das Geld unmittelbar der Befriedigung des Pfandgläubigers (Abs 2). Im einzelnen ist die Geldanlegung nach Einziehung einer pfandbelasteten Forderung ebenso geregelt wie die Wiederanlegung nach der Einziehung eines Kapitals, das mit einem Nießbrauch belastet war, nur daß es im § 1288 dem Gläubiger überlassen ist, die Art der Anlegung zu bestimmen. Vgl. darum § 1079.

2. **Befriedigung des Pfandgläubigers durch die Einziehung.** Zieht der Pfandgläubiger auf Grund seines Befriedigungsrechts eine Geldforderung ein, so ergeben sich an dem Eingezogenen dieselben Rechtsverhältnisse wie am Barerlös beim Pfandverkaufe nach § 1247 Satz 1. Nur in einem Punkte ergibt sich eine Abweichung. Aus dem Satze, daß dem Pfandgläubiger die Einziehung der Geldforderung nur insoweit zusteht, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist, ergibt sich, daß der Schuldner über diesen Betrag hinaus an den Pfandgläubiger nicht zahlen darf. Überschreitet er bei der Zahlung diesen Betrag, so braucht der Gläubiger insoweit die Zahlung nicht als für ihn geleistet anzuerkennen. Genehmigt er den Verstoß nicht nachträglich durch Annahme des Mehrbetrags vom Pfandgläubiger, so ist insoweit die Forderung nicht erloschen, sondern sie steht insoweit — nunmehr durch die Befriedigung des Pfandgläubigers vom Pfandrechte befreit — dem Gläubiger noch zu. Der Pfandgläubiger aber hat den Mehrbetrag, um den er nun grundlos bereichert ist, an den Schuldner zurückzugeben. — Wenn der Gläubiger der verpfändeten Forderung für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung nicht persönlich haftet, so erlischt diese nicht, geht vielmehr nach § 1225, § 1273 Abs 2 auf ihn über (RG Recht 1918 Nr 246).

§ 1289

Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auf die Zinsen der Forderung. Die Vorschriften des § 1123 Abs 2 und der §§ 1124, 1125 finden entsprechende Anwendung; an die Stelle der Beschlagnahme tritt die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrechte Gebrauch mache [1] [2]).

E I 1222 II 1196; M 3 866, 867; P 3 534—536, 543.

1. **Erstreckung des Pfandrechts auf die Zinsen der verpfändeten Forderung.** Das Gesetz erstreckt, soweit die Beteiligten nichts anderes vereinbart haben, das Pfandrecht an der Forderung auch auf deren — gesetzliche oder vertragsmäßige — Zinsen in demselben Umfange, wie es in den — jetzt in der Fassung des Ges v. 8. 6. 15 (RGBl 327) geltenden — §§ 1123—1125 die Hypothek auf die Mietzinsen des belasteten Grundstücks erstreckt. Die Regelung geht der Hauptsache nach dahin: Die pfandrechtliche Haftung der Zinsen hat ihren Angelpunkt in der Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrecht in Ansehung der Zinsen Gebrauch mache. Damit wird die pfandrechtliche Haftung wirksam für die nach der Pfandbestellung verfallenen Zinsen bis auf ein Jahr von der Anzeige zurück und für die weiter verfallenden. Sind Zinsen schon vor der Anzeige bezahlt oder wegveräußert, so ist die Verfügung dem Pfandgläubiger gegenüber insoweit wirksam, als sie sich nicht auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Anzeige laufende Kalendervierteljahr bezieht; nur wenn die Anzeige innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs erfolgt, ist die Verfügung auch insoweit wirksam, als sie sich auf den Zins für das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Im einzelnen vgl. die §§ 1123—1125 und die Bemerkungen dazu. Satz 1 des § 1289 enthält nachgiebiges Recht. Die Haftung der Zinsen kann mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden (RG Warn 1914 Nr 245; RG 74, 81; 86, 218). Soll das Recht auf den Zinsbezug nachträglich auch verpfändet werden, so ist eine neue formgültige Verpfändung nötig. Die vertragliche Mitverpfändung der Zinsen dagegen ist überflüssig und hindert nicht, § 1289 Satz 2 anzuwenden. Unanwendbar ist diese Vorschrift aber auf ein Nutzpfandrecht im Sinne des § 1213 Abs 1. Hier stehen dem Pfandgläubiger die Zinsen der Forderung von vornherein so zu, als wenn sie ihm abgetreten wären, er erwirbt sie zu Eigentum (RG Warn 1914 Nr 245). Kommt bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ein verpfändetes Recht zur Hebung und geht das Recht des Pfandgläubigers nicht auf die Zinsen, so steht ihm auch kein Recht an dem auf die Zinsen entfallenden Teil des Versteigerungserlöses zu; die §§ 10, 12 ZVG treffen auch auf das Verhältnis des Berechtigten zu seinem Pfandgläubiger zu (RG Warn 1915 Nr 85). — Über die Mitverpfändung von Zinsen bei Buch- und Briefhypotheken vgl. LG. in HRR. 1934 Nr 1121.

2. Unter dem **Einziehungsrecht** ist nicht nur das nach § 1282, sondern auch das nach § 1281 zu verstehen. Das hat wohl auch RG Warn 1914 Nr 245 nicht leugnen wollen, obwohl dort zu „Einziehungsrecht" nur angezogen werden die §§ 1282, 1228 Abs 2.

§ 1290

Bestehen mehrere Pfandrechte an einer Forderung, so ist zur Einziehung nur derjenige Pfandgläubiger berechtigt, dessen Pfandrecht den übrigen Pfandrechten vorgeht [1]).

E I 1218 II 1197; M 3 863; P 3 532, 543.

1. **Einziehungsordnung für den Fall einer Mehrheit von Pfandrechten.** Von mehreren Pfandrechten ungleichen Ranges, die an einer Forderung bestehen, gewährt nur das älteste das Einziehungsrecht; vgl. dazu § 1282 A 4. Ein Recht der nachstehenden Pfandgläubiger, zu verlangen, daß der Schuldner an alle Pfandgläubiger oder an einen Verwahrer leiste oder hinterlege, ist nicht anzuerkennen. In M 3, 863 wird zwar ein solcher Anspruch insoweit für berechtigt erachtet, als der Gläubiger gleichfalls hierzu befugt ist. Allein gegen diese Annahme spricht der Wortlaut des Gesetzes und der Umstand, daß ein derartiges Recht der nachstehenden Pfandgläubiger das Recht des an erster Stelle stehenden beeinträchtigen müßte. Denn als allein Einziehungsberechtigter kann der an erster Stelle stehende Pfandgläubiger verlangen, daß an ihn allein geleistet wird. Die nachstehenden Pfandgläubiger dürfen danach nur Leistung an den vorgehenden fordern. Die Möglichkeit, daß auch die nachstehenden Pfandgläubiger selbst zum Einziehungsrechte gelangen, ist damit nicht ausgeschlossen. Einmal kann der vorgehende Gläubiger zugunsten eines nachstehenden zurücktreten, so daß der Drittschuldner dann an diesen mit befreiender Wirkung zahlen kann (RG SeuffA 69 Nr 68). Außerdem aber scheidet der bisherige Einziehungsberechtigte aus, wenn er aus der verpfändeten Forderung befriedigt, diese selbst aber dadurch noch nicht erschöpft ist. Nach ihm tritt der bisherige zweite als nunmehr erster Pfandgläubiger in das Einziehungsrecht hinsichtlich des Überrestes der Forderung ein. Für den Fall, daß mehrere Pfandrechte gleichen ersten Ranges an derselben Forderung bestehen, greift § 432 ein, und zwar

auch bei Geldforderungen. Wollte man es jedem Pfandgläubiger überlassen, den Betrag seiner Forderung oder gegebenenfalls den auf seine Forderung anteilmäßig entfallenden Betrag der verpfändeten Forderung selbständig für sich einzuziehen, so könnte das bei einem nicht voll zahlungsfähigen Drittschuldner zu einer Bevorzugung der zuerst vorgehenden Pfandgläubiger führen, auf die sie keinen Anspruch haben. — Der Verkauf einer Forderung fällt nicht unter § 1290. — Die gegenseitigen Rechte mehrerer Pfändungspfandgläubiger werden nicht durch § 1290, sondern durch die Vorschriften der ZPO bestimmt. Auch der nachstehende kann sich die gepfändete Forderung oder das sonstige Vermögensrecht zur Einziehung überweisen lassen (§ 835 ZPO), er kann auch die Anordnung des Verkaufs nach §§ 844, 857 ZPO erwirken, alles das, selbst wenn die Forderung bereits dem verpfändenden Gläubiger zur Einziehung überwiesen ist (**RG** 97, 40ff.).

§ 1291

Die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung gelten auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld [1]) [2]).

E I 1224 II 1198; M 3 867; P 3 536.

1. Bei der Anwendung der Vorschriften über das Forderungspfandrecht auf das **Pfandrecht an Grundschulden und Rentenschulden** wird als Schuldner der Eigentümer des Grundstücks zu unterstellen sein, die einzelnen Renten der Rentenschuld werden als Zinsen zu behandeln sein (§ 1200). Vgl. im übrigen § 1080. Die Bestellung des Pfandrechts an einer künftigen Grundschuld ist schon vor ihrer Eintragung möglich (**RG** Warn 1911 Nr 274). — Die Angabe der zu sichernden Forderung in der schriftlichen Verpfändungsurkunde ist wesentliches Erfordernis der Verpfändung (**RG** 136, 424). Wegen Blankoverpfändung vgl. § 1274 A 1. Für einen Grundschuldbrief, der auf den Inhaber ausgestellt ist (§ 1195), gilt § 1293.

2. Um **kein Pfandrecht an einer Grundschuld** handelt es sich, wenn die Grundschuld zur Sicherung eines Gläubigers erst bestellt worden ist. Dann sind die Vorschriften der §§ 1234ff., 1245 Abs 2, 1277 Satz 2, 1284 nicht anwendbar. Der Sicherungsnehmer ist hinsichtlich der Verwertung wesentlich freier gestellt und es kommt alles auf die bei dem Abschluß des Grundgeschäfts getroffenen Vereinbarungen an (**RG** 143, 118). Sie können dahin gehen, daß nach Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung die Grundschuld im Wege der Abtretung verwertet werden darf (Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis S. 266 und 304).

§ 1292

Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann [1]), genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers [2]) und die Übergabe [3]) des indossierten [4]) Papiers [5]) [6]).

E I 1225 II 1199; M 3 868; P 3 527—529.

1. **Pfandrecht an Wechseln und anderen indossablen Papieren, Orderpapieren.** Indossable Papiere, Orderpapiere (vgl. Vorbem 1 vor § 793) sind außer den Wechseln insbesondere Schecks, kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine und an Order gestellte Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine, Bodmereibriefe, Transportversicherungspolicen (HGB § 363). Für das **Wechselrecht** ist jetzt nicht mehr die Allgemeine Deutsche Wechselordnung maßgebend, sondern das Wechselgesetz vom 21. 6. 33 — WG — (RGBl I 399), für das **Scheckrecht** nicht mehr das Scheckgesetz vom 11. 3. 08 (RGBl 17), sondern das Scheckgesetz vom 14. 8. 33 (RGBl I 597). Die beiden neuen Gesetze sind gemäß den Artikeln 1 der Einführungsgesetze (RGBl 1933 I 409 und 605) durch Verordnungen des Reichsministers der Justiz vom 28. 11. 33 (RGBl I 1019) mit dem 1. April 1934 in Kraft gesetzt.

Das Indossament, von dem § 1292 spricht, ist das **Pfandindossament.** Dieses kam schon bisher als offenes und als verstecktes vor. Das offene war in der WO nicht geregelt, wurde aber von der Rechtslehre überwiegend anerkannt (Staub-Stranz, WG (13.) A 1 zu Art 19) und auch von der Rechtsprechung für zulässig angesehen; **RG** 120, 210 spricht von „der Kreditform des Pfandindossaments, noch dazu des verdeckten", rechnet also mit der Möglichkeit auch eines offenen. Jetzt heißt es in Art 19 WG Abs 1 und 2: „Enthält das Indossament den Vermerk ‚Wert zur Sicherheit', ‚Wert zum Pfande' oder einen andern eine Verpfändung ausdrückenden Vermerk, so kann der Inhaber alle Rechte aus dem Wechsel geltend machen; ein von ihm ausgestelltes Indossament hat aber nur die Wirkung eines Vollmachtsindossaments. Die Wechselverpflichteten können dem Inhaber keine Einwendungen entgegensetzen, die sich auf ihre unmittelbaren Beziehungen zu dem Indossanten gründen, es sei denn, daß der Inhaber bei dem Erwerbe des Wechsels bewußt zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat." Damit ist das offene Pfandindossament nunmehr auch von Gesetzes wegen zugelassen. Über die Frage, ob daneben das verdeckte

noch weiterhin möglich bleibt, ist im WG nichts gesagt. Die Frage ist aber zu bejahen, denn § 1292 spricht nach wie vor schlechthin von „der Übergabe des indossierten Papiers" und das hier gemeinte Indossament kann sich jedenfalls äußerlich auch als Vollindossament darstellen, wenngleich ihm tatsächlich nur die Wirkungen des Pfandindossaments zukommen sollen. Wird ein Wechsel nach § 1292 verpfändet und dabei ein offenes Pfandindossament ausgestellt, so entsteht ein Pfandrecht mit den Wirkungen, wie sie in dem oben mitgeteilten Art. 19 WG umschrieben sind. Das dürfte wohl nicht zweifelhaft sein. Streit aber herrschte und herrscht noch darüber, welche Rechtsnatur und welche Rechtswirkungen das in § 1292 geregelte Geschäft hat, wenn ein verdecktes Pfandindossament aufgestellt wird. Nach der einen Ansicht handelt es sich dann um die wahre Verpfändung einer Forderung dahin, daß der Verpfänder Gläubiger bleibt, der Pfandgläubiger aber nur Pfandrecht an der Forderung erwirbt und außerdem durch das Indossament und die Übergabe des Papiers nach außen hin in die Lage versetzt wird, zum Zwecke der Befriedigung seiner pfandgeschützten Forderung — also in Ausübung seines Pfandrechts — die verpfändete Forderung nicht als ihr wirklicher Eigengläubiger, sondern nur in der Rolle des Eigengläubigers einzuziehen oder — soweit dies nach § 1295 gestattet ist —, durch Weiterübertragung zu Gelde zu machen. Nach der anderen Ansicht handelt es sich um eine Abtretung des Forderungsrechts selbst zum Zwecke der Sicherung dahin, daß derjenige, dessen Forderung durch das Geschäft gesichert werden soll, nicht Pfandrecht an der zu seiner Sicherung bestimmten Forderung erwirbt, sondern selbst an Stelle des bisherigen Gläubigers dieser Forderung Gläubiger wird, um sich als solcher für seine zu sichernde Forderung Befriedigung zu verschaffen und, soweit letzteres nicht nötig ist, die Forderung wieder an den ursprünglichen Gläubiger zurückzuübertragen. In den Motiven zum Entwurfe des BGB ist die zweite Ansicht vertreten (M 3, 868). Bei der Beratung des Entwurfs in der zweiten Kommission ließ man die Frage unentschieden (Prot 3, 527—529). In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist bis jetzt noch nicht entscheidend Stellung genommen. Die Rechtswissenschaft sieht überwiegend in der Verpfändungsform des § 1292 eine wahre Pfandrechtsbestellung, nicht eine Sicherungsübertragung. Dieser Meinung ist zu folgen. Die gegenteiligen Ausführungen von Mansfeld (LZ 1913, 417 ff.) sind nicht überzeugend. Wortlaut und Inhalt der §§ 1292, 1294, 1295 und ihre Stellung im BGB führen zu der Annahme, daß die der Begebung des Papiers zugrunde liegende Einigung im Sinne des Gesetzes nicht die Übertragung der Forderung, sondern die Bestellung des Pfandrechts zum Gegenstande haben soll. Die Form der Übertragung durch Indossament aber steht dem nicht entgegen, weil hier wie auch sonst bei der Übertragung durch Indossament entscheidend für das Rechtsverhältnis nicht das Indossament selbst ist, sondern der Begebungsvertrag (**RG** SeuffA 80 Nr 47, vgl. über den Begebungsvertrag **RG** 117, 69 ff.). Die Verpfändung des § 1292 ist also wahre Verpfändung. Dies schließt die Möglichkeit einer Sicherungsübertragung an indossablen Papieren nicht aus. Die Beteiligten können vielmehr auch hierauf sich einigen. Das Rechtsgeschäft untersteht aber dann nicht den Vorschriften des § 1292. Da die Form des § 1292 „genügt", aber nicht erfordert wird, so kann das Recht aus einem Wechsel — oder einem sonstigen Orderpapier (OLG 26, 206) — auch nach der Regel des § 1274 in den Formen verpfändet werden, die für die Übertragung des Rechtes gelten, also durch Pfandvertrag und die Übergabe des — nicht indossierten — Papiers (**RG** 26, 100). Es gibt sonach außer der schon besprochenen Verpfändung des Wechsels mit offenem Pfandindossament noch drei Wege, um einen Wechsel zur Sicherung eines Gläubigers zu verwenden. Bei der Sicherungsübereignung wird ihm das Wechselrecht mit dinglicher Wirkung übertragen, also nach außen und auch im Innenverhältnis; nur in einer schuldrechtlichen Bindung wird der Sicherungszweck ausgedrückt. Bei der Pfandbestellung nach § 1274 erwirbt der Gläubiger nur ein Pfandrecht, wie es in den §§ 1273 ff. näher umschrieben ist. Bei der Pfandbestellung endlich, welche nach § 1292 und unter Ausstellung eines verdeckten Pfandindossaments vorgenommen wird, erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht mit weitergehenden Befugnissen. Er bleibt zwar im Innenverhältnis auch nur Pfandgläubiger, er wird aber nach außen durch das Indossament als Eigentümer des Wechsels ausgewiesen, und er hat nach außen auch rechtlich dessen Stellung, soweit nicht zwingende Vorschriften des Gesetzes eingreifen. Dazu gehört namentlich der — nach § 1284 allerdings nur nachgiebiges Recht enthaltende — § 1282 Abs 2, der eine Veräußerung des Wechsels — außer im Falle des § 1295 — nicht nur verbietet, sondern ausschließt. Ein Zuwiderhandeln macht nicht nur schadensersatzpflichtig, sondern bleibt ohne rechtliche Wirkung (**RG** 58, 107). Aus der Eigentümerstellung nach außen folgt aber, daß der gutgläubige Erwerb des Wechselpfandgläubigers nach Art 74 WO, jetzt Art 17 WG geschützt wird und daß ihm nur die Einreden des Art 82 WO, jetzt Art 19 WG entgegengesetzt werden dürfen. Aus seiner Pfandgläubigerstellung nach innen folgt wiederum, daß er gegen den Verpfänder keinen wechselmäßigen Anspruch erwirbt (**RG** 120, 210). Mit anderen Worten, der nach § 1292 durch ein verdecktes Pfandindossament ausgewiesene Wechselpfandgläubiger hat die rechtliche Stellung, die der Art 19 WG dem durch ein offenes Pfandindossament ausgewiesenen Wechselpfandgläubiger zubilligt. — Ein Pfandindossament — ein offenes oder ein verdecktes — ist überhaupt unmöglich, wenn Aussteller und Indossatar über die Eigenschaft des Akzepts als eines Gefälligkeitsakzepts einig sind, wenn also der Indossant nicht einmal behauptet,

ein Wechselrecht zu besitzen (RG 120, 210). — Wer einen Wechsel in Pfand genommen hat, welchen der landwirtschaftliche Betriebsinhaber für eine im Osthilfeentschuldungsverfahren auf das Reich übergegangene Forderung einer Genossenschaft ausgestellt hat, erwirbt den Erstattungsanspruch gegen das Reich in derselben Weise, als wenn er den Wechsel angekauft hätte, § 4 der 2. Entschuldungsverordnung vom 21. 10. 1932 (RGBl I 509) und dazu § 9 der Durchführungsverordnung vom 14. 12. 32 (RGBl I 560). — Wenn ein Kunde seiner Bank einen indossierten Wechsel zum Diskontieren sendet, die Bank den Antrag ablehnt, den Wechsel aber auf Grund der allgemeinen Geschäftsbedingungen als Pfand behält, so erlangt sie mangels eines Begebungsvertrags jedenfalls kein Wechselrecht an dem Wechsel (RG SeuffA 80 Nr 47). Ein Pfandrecht nach § 1274 kann sie allerdings erwerben (RG 84, 4ff.), aber auch nur dann, wenn der Verpfändungsvertrag nachträglich zustande kommt; durch das Diskontierungsangebot waren vom Kunden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Einzelfall außer Kraft gesetzt (RG 126, 350f.). Dieses Außerkraftsetzen ist zulässig, da beim Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten die Beteiligten an die Einigung über das Entstehensollen des Pfandrechts nicht gebunden sind, A 6 zu § 1205, A 5 zu § 929. Darüber, daß der Verpfändungsvertrag nur unter besonderen Umständen durch ein Stillschweigen des Kunden auf den Vertragsantrag der Bank zustande kommen kann, und über Fragen der Beweislast vgl. RG 126, 351f.

Von den **Schecks** gilt im wesentlichen dasselbe, was oben von den Wechseln gesagt ist. Ein offenes Pfandindossament ist aber auch in dem neuen Scheckgesetz nicht vorgesehen. Soll ein an Order gestellter Scheck nach § 1292 verpfändet werden, so wird das also in der Regel unter Benutzung eines verdeckten Pfandindossaments bewirkt werden. Wegen der Inhaberschecks vgl. A 1 zu § 1293.

2. Die **Einigung** muß dahin gehen, daß dem Gläubiger für seine Forderung an der Forderung, über die das Papier ausgestellt ist, das Pfandrecht zustehen soll.

3. Zur **Übergabe** des Papiers ist Einräumung des unmittelbaren Besitzes erforderlich, sei es an den Pfandgläubiger selbst, sei es an einen Besitzdiener oder Besitzmittler von ihm, vgl. A 3 zu § 929. Ist der Pfandgläubiger schon im Besitz des Papiers, so ist § 1205 Abs 1 Satz 2 anwendbar (RG 126, 352). Zuzulassen sind auch die im Pfandrecht allgemein gegebenen Möglichkeiten, die Übergabe zu ersetzen, also zwar kein Besitzkonstitut, wohl aber die Einräumung des Mitbesitzes nach § 1206 und die Übertragung des mittelbaren Besitzes mit Anzeige an den dritten Besitzer nach § 1205 Abs 2, vgl. A 9 zu § 1205. Da auch Orderpapiere in das **Effekten-Giro-Depot** aufgenommen sind, ist hier auch auf die Verpfändung des Miteigentumsanteils durch grünen Scheck hinzuweisen, vgl. A 10 zu § 1205.

4. Das **Indossament** kann auch Blankoindossament sein. Vgl. über das Indossament WO Artt 9ff., ScheckG § 8, HGB §§ 363ff. und jetzt Artt 11ff. des neuen Wechselgesetzes sowie Artt 14ff. des neuen Scheckgesetzes, vgl. A 1. Soll das Blankoindossament ein offenes Pfandindossament nach Art 19 WG sein, so muß es natürlich auch den Vermerk „Wert zum Pfande" oder einen ähnlichen enthalten.

5. Die **Pfändung** von indossablen Papieren ist in ZPO § 831 geregelt. Die Wirkungen der Pfändung werden auch in erster Linie durch die Vorschriften der ZPO bestimmt (RG 97, 40).

6. Über die **Befriedigung aus indossablen Wertpapieren** und die **Erstreckung des Pfandrechts auf die zugehörigen Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine** vgl. §§ 1294—1296.

§ 1293

Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen [1]).

E I 1226 II 1200; M 3 868, 869; P 3 530—532.

1. **Pfandrecht an Inhaberpapieren.** Über den Begriff des Inhaberpapiers vgl. § 793 nebst der Vorbemerkung und den Anmerkungen dazu. Nach A 2 das. können zwar nicht Wechsel, wohl aber Schecks auf den Inhaber gestellt werden, doch bedürfen sie dann der staatlichen Genehmigung nach § 795 (RG 105, 363). Ein rechtsgültiger Inhaberscheck ist Inhaberpapier und kann nach § 1293 verpfändet werden. Papiere, die nicht selbst Träger der Forderung sind, sondern nur zu deren Beweis dienen, können nicht Gegenstand eines Faustpfandrechts sein, an ihnen ist nur ein — bloß schuldrechtlich wirkendes — Zurückbehaltungsrecht möglich (RG 51, 83). Auch Inhaberpapiere, die noch nicht in den Verkehr gebracht sind, können verpfändet werden. In der Verpfändung liegt dann gleichzeitig die Begebung (RG JW 1898, 361; 1913, 200). Auf das Pfandrecht am Inhaberpapier, obwohl es Pfandrecht an einer Forderung ist, finden der Hauptsache nach nicht die Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen Anwendung, sondern die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen, so, wie wenn ausschließlich das Papier Gegenstand des Pfandrechts wäre (RG 58, 10). Die Verpfändung kann also auch nach §§ 1205 Abs 2, 1206 bewirkt werden, doch wird im letzteren Falle der Pfandgläubiger entsprechend § 1231

Einräumen des Alleinbesitzes verlangen können, wenn er die Forderung einziehen will. — Werden Aktien verpfändet, so bleibt das Recht auf den Bezug neuer Aktien dem Verpfänder, ebenso mangels abweichender Abreden, das Stimmrecht, vgl. wegen der Anteile an einer GmbH RG 139, 227 und A 1 a. E. zu § 1276. Werden verpfändete Aktien wegen ihrer Umstellung auf Reichsmark oder aus einem sonstigen Grunde bei bestehenbleibendem Pfandrecht umgetauscht, so wird das Pfandrecht an den neuen Stücken einfach fortgesetzt, eine inzwischen eingetretene Verjährung der gesicherten Forderung ändert daran nichts (RG 116, 203). Der Schutz des Pfandrechts nach § 1227 wird durch die Ausnahmebestimmung in § 1006 Abs 1 Satz 2 erschwert. Auch die Vorschriften über das gesetzliche Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1257) erstrecken sich ohne weiteres auf die Inhaberpapiere. Über die Pfändung von Inhaberpapieren vgl. ZPO §§ 808, 821, 823, über die Einziehung der Forderung aus dem Inhaberpapier § 1294, über die Erstreckung des Pfandrechts auf die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine zu Inhaberpapieren § 1296. Wegen der besonderen Bestimmungen über die Verpfändung von Inhaberpapieren im Bankdepotverkehr vgl. die §§ 2, 8 des DepotG v. 5. 7. 96 (RGBl 183), jetzt in der Fassung der VO vom 21. 11. 23 (RGBl I 1119), und dazu RG 68, 130; 71, 337; 133, 188 und RG Warn 1910 Nr 136; 1911 Nr 157; JW 1927, 1683[8].

§ 1294

Ist ein Wechsel, ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, oder ein Inhaberpapier Gegenstand des Pfandrechts, so ist, auch wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 noch nicht eingetreten sind, der Pfandgläubiger zur Einziehung und, falls Kündigung erforderlich ist, zur Kündigung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten [1]).

E I 1226 II 1201; M 3 869; P 3 529, 531; 6 262, 263.

1. **Einziehung und Kündigung von indossablen Papieren und Inhaberpapieren.** Aus der Vorschrift ergibt sich für den Fall der Verpfändung eines indossablen Papiers eine Erweiterung des dem Pfandgläubiger durch die §§ 1281—1283 eingeräumten Kündigungs- und Einziehungsrechts dahin, daß der Pfandgläubiger, wenn die Forderung kündbar oder fällig geworden ist, schon vor dem Eintritte seines Befriedigungsrechts selbständig und allein zu kündigen und einzuziehen berechtigt ist. Ob bei Orderpapieren die Verpfändung nach § 1292 oder nach § 1274 bewirkt ist, macht keinen Unterschied. Nach § 1284 kann die Vorschrift durch Vertrag mit schuldrechtlicher Wirkung ausgeschlossen werden. Wenn dem Pfandgläubiger das Pfand nach § 1206 bestellt ist, dann ist § 1294 an sich schon nicht anwendbar, der Pfandgläubiger kann aber verlangen, daß ihm Alleinbesitz gewährt wird, damit er nach § 1294 vorgehe. — Der Gläubiger selbst darf nach der Verpfändung des Wechsels usw. die Forderung nicht mehr kündigen oder einziehen. — Die Berechtigung des Pfandgläubigers zur Einziehung zieht nach § 1285 Abs 2 die Pflicht zur Einziehung nach sich — vgl. wegen der Einlösung von Pfandscheinen OLG 26, 207 —, die Einziehung selbst aber zieht die in den §§ 1287, 1288 Abs 1 bezeichneten Rechtswirkungen nach sich und daneben die Benachrichtigungspflicht des § 1285 Abs 2 Satz 2. Für den am Inhaberpapier Pfandberechtigten ergibt sich aus § 1294, daß er für die Frage der Kündigung und Einziehung und der sich daran knüpfenden Folgen als Forderungspfandgläubiger zu betrachten ist und daß auf ihn deshalb außer dem § 1294 die §§ 1282 Abs 1 Satz 1, 1283 Abs 3, 1285 Abs 2, 1287, 1288 Anwendung finden. Die fällige Geldforderung kann nach § 1294 vom Pfandgläubiger nicht bloß insoweit eingezogen werden, als es zu seiner Befriedigung notwendig ist, sondern nach ihrem ganzen Betrage. Dabei bleibt es auch nach Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs 2. Sind diese gegeben, so kann der Pfandgläubiger auch verlangen, daß eine Geldforderung ihm an Zahlungsstatt abgetreten wird, soweit sie zu seiner Befriedigung notwendig ist. An diesen Bestimmungen des § 1282 Abs 1 ist durch § 1294 nichts geändert.

§ 1295

Hat ein verpfändetes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der Gläubiger nach dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen [1]).

P 3 523, 531, 532; 6 262, 263.

1. **Pfandverkauf von Orderpapieren, die Börsen- oder Marktpreis haben.** Das Verkaufsrecht ist dem Pfandgläubiger vom Eintritte seines Befriedigungsrechts, also vom Zeitpunkt der Fälligkeit seiner Forderung als Geldforderung an, ausnahmsweise neben dem Einziehungsrecht und dem Recht aus § 1277 gewährt. Ob das Papier nach § 1292 oder nach § 1274 verpfändet

ist, bleibt auch hier gleichgültig. Nur der Verkauf durch die im § 1221 aufgeführten öffentlich berufenen Personen ist zugelassen, nicht auch die Pfandversteigerung. Zu bejahen ist die bestrittene Frage, ob bei dem Verkaufe die für den Pfandverkauf in §§ 1234ff. gegebenen Vorschriften anzuwenden sind, ob insbesondere die vorherige Androhung zu erfolgen hat und die Wartefrist abzuwarten ist (§ 1234). Für die Bejahung spricht außer der Erwägung, daß nicht beabsichtigt sein konnte, den Pfandverkauf der Orderpapiere mehr zu erleichtern als den der Inhaberpapiere, noch ein weiterer, aus dem Gesetzeszusammenhange zu entnehmender Grund. Der Verkauf ist als Verkauf zum Zwecke der Befriedigung des Pfandgläubigers gestattet, nicht als Notverkauf wie im § 1221. Wenn trotzdem im § 1295 nicht die Bestimmung des § 1235 über die Zulässigkeit freihändigen Pfandverkaufs für anwendbar erklärt worden ist, so hat dies seinen Grund darin, daß im § 1235 ebenfalls wieder auf § 1221 verwiesen ist und man die doppelte Verweisung scheute. Die Worte: „Der Gläubiger ist berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen" erklären sonach in Wirklichkeit den § 1235 für anwendbar. Daß aber der Pfandverkauf nach § 1235 den Vorschriften des § 1234 unterliegt und nicht von ihnen ausgenommen ist, weil er, „nach § 1221 erfolgt", ist unzweifelhaft. — Wegen entsprechender Anwendbarkeit des § 1244 vgl. RG 61, 333. — Ein Recht des Pfandgläubigers, selbst in den Verkauf einzutreten, d. h. das Papier ohne weiteres zum Börsenkurse zu behalten, kann aus § 1295 nicht abgeleitet und ohne besondere Vereinbarung zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger nicht anerkannt werden.

§ 1296

Das Pfandrecht an einem Wertpapier erstreckt sich auf die zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind. Der Verpfänder kann, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, die Herausgabe der Scheine verlangen, soweit sie vor dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 fällig werden [1]) [2]) [3]).

E II 1202: P 3 534, 535.

1. Haftung der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine für die Forderung. Während nach § 1289 das Pfandrecht an einer Forderung sich mangels entgegenstehender Vereinbarung auf die Zinsen der Forderung erstreckt, gilt nicht das gleiche für die Zinsscheine zu Wertpapieren — sei es zu Inhaberpapieren, Orderpapieren oder anderen Wertpapieren. Diese Scheine sind von der Mitverpfändung ausgenommen, wenn sie nicht mitübergeben sind, und selbst die mitübergebenen Scheine werden von der Haftung frei, wenn sie fällig werden, bevor der Pfandgläubiger die Befriedigungsberechtigung erlangt hat. Für Renten- und Gewinnanteilscheine gilt dasselbe. Aber auch soweit sich das Pfandrecht auf Scheine dieser Art erstreckt, gebühren die Zinsen, Renten und Gewinnanteile dem Pfandgläubiger nur dann, wenn ihm die Nutzung eingeräumt ist, und er kann sie mangels eines solchen Nutzungsrechts — unbeschadet seiner Einziehungsbefugnis nach § 1294 — erst dann für sich einlösen, wenn seine eigene pfandgesicherte Forderung als Geldforderung fällig geworden ist. Die Zinsscheine, die vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers fällig werden, hat der Verpfänder zu beanspruchen, etwa eingezogene Beträge muß der Pfandgläubiger ihm herausgeben, soweit nicht etwa ein Einwand aus § 240 (notwendige Ergänzung der Sicherheit) durchschlägt. Dem Verpfänder ist der Eigentümer gleichzustellen; wegen ihres Verhältnisses zueinander vgl. A 5 zu § 1254. Handelt es sich um die Herausgabe von Zinsscheinen einer im Prozeß hinterlegten Sicherheit, so ist § 109 ZPO entsprechend anwendbar (RG 72, 264). Nach § 1296 herausgegebene Scheine werden pfandfrei.

2. Auf den Inhaber gestellte Zinsscheine zu Inhaberpapieren bilden selbständige Inhaberpapiere; als solche können sie getrennt vom Hauptpapier in Verkehr treten und selbständig verpfändet werden (RG Recht 1917 Nr 1072).

3. Zinserneuerungsscheine (Talons) sind im Gegensatz zu den einzelnen Zinsscheinen nicht Träger selbständiger Schuldverbindlichkeiten, sondern nur Zubehörscheine (RG 4, 141; 31, 147; 74, 339). Gleichwohl schließt die Verpfändung von Wertpapieren nicht notwendig auch ein Pfandrecht an den zugehörigen Erneuerungsscheinen ein. Das Hauptpapier kann auch ohne den Zinserneuerungsschein verpfändet werden (RG 23, 269; 36, 120; 58, 162). Immerhin bildet ein derartiger Vorbehalt des Zinsgenußrechts die Ausnahme (RG Recht 1917 Nr 1072).



